Haftung für Eviktion

bei

Schenkung und Vermächtnis.

Ein Beitrag zur Lehre von der Eviktion.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

der

hohen juristischen Fakultät

der

Königlichen Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Rudolf Metz,
Referendar.

BONN,
Druck von Karl Drobnig.
1895

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535724_0032

Dem Andenken

meiner

teuren Eltern

gewidmet.

Disposition.

Einleitung:

I. Allgemeines.

II. Anordnung der Untersuchung.

Ausführung:

A. Haftung für Eviktion bei der Schenkung.

I. Die verschiedenen Ansichten über Haftung des Schenkers für Eviktion.

II. Nachweis der Richtigkeit der herrschenden *Koch*'schen Meinung.

1. Grundzüge der Meinung *Koch*'s.

2. Die l. 18 § 3 D. de donat. 39. 5 in Verbindung mit c. 2 C. de evict. 8. 44 kein Beweis gegen die herrschende Meinung.

3. Die c. 1 C. de jure dot. 5. 12 und die sich auf diese stützende Glossatorenmeinung in Verbindung mit der *Bekkers*, ihres Verteidigers aus neuester Zeit.

4. Die Quellenstellen, auf welche sich die herrschende Meinung stützt.

5. Bestätigung der herrschenden Meinung durch die c. 35 C. de donat. 8. 53.

III. Umfang der Eviktionsleistung beim Schenkungsversprechen einer nur generisch bestimmten Sache.

IV. Einige besondere Arten der Schenkung und ihr Verhältnis zur gewöhnlichen Schenkung hinsichtlich der Verpflichtung des Schenkers zur Eviktionsleistung:

1. die donatio remuneratoria,
2. die donatio sub modo,
3. die donatio mortis causa.

B. Haftung für Eviktion bei Vermächtnis.

I. Gründe für eine getrennte Behandlung von Schenkung und Vermächtnis.

II. Scheidung zwischen dem Vermächtnisse einer nur generisch bestimmten Sache und dem einer Species.

1. Haftung für Eviktion beim Vermächtnisse einer nur generisch bestimmten Sache und Umfang dieser Eviktionsleistung.
2. Freiheit des Erben von der Haftung für Eviktion beim Speziesvermächtnisse.

III. Freiheit des Erben von der Haftung für auf der vermachten Sache liegenden Belastungen.

Schluss:

Stellung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches I. und II. Lesung zu der Frage der Haftung für Eviktion bei Schenkung und Vermächtnis.

Einleitung.

Jedes geordnete Rechtssystem erfordert den Schutz der einzelnen Persönlichkeit in ihrem Rechte.

Der Gesetzgeber muss daher in der stets fortschreitenden Ausbildung des Rechtsschutzes die vornehmste Aufgabe der Gesetzgebung erblicken.

Ein Recht, welches jemanden übertragen oder bestellt wird, hat für diesen in der Regel nur dann auch wirklich einen Wert, wenn es sich verwirklichen lässt und ihm dauernd übertragen oder bestellt ist, da er andernfalls ja stets zu befürchten hätte, dass es ihm über kurz oder lang kraft besseren Rechtes seitens eines Dritten abgestritten werde.

Die Verpflichtung hierfür einzustehen mit anderen Worten für Eviktion zu haften, ist im römischen Rechte ganz allgemein nur bei einem einzigen Geschäfte, dem Kaufe, anerkannt worden. Demgemäss haben sich auch bei diesem allein im römischen Rechte feste Grundsätze über Eviktion gebildet, während bei den anderen Geschäften im römischen Recht die Quellen der Auslegung meist freien Spielraum lassen.

Bei den Geschäften ex lucrativa causa insbesondere soll nach vielverbreiteter Ansicht eine besondere Beurteilung der Grundsätze der Haftung für Eviktion Platz greifen. Hängt aber auch die Eigenart eines Geschäftes von der causa ab, und stehen somit die Geschäfte ex lucrativa causa in einem gegen Verwandschafts-

verhältnisse, so ist in der Litteratur diese Zusammenfassung der einzelnen Geschäfte doch meistens nicht beibehalten worden, sondern diese sind vielmehr mit Rücksicht auf die Besonderheiten, welche auch wieder dem einzelnen Geschäfte eigen sind, einzeln jedes für sich behandelt worden.

Schenkung und Vermächtnis, obwohl beide lukrative Geschäfte, werden demnach trotzdem in der Regel hinsichtlich der Frage der Haftung für Eviktion getrennt von einander, behandelt. Und wenn zudem, wie dies ausserordentlich oft geschieht, beide hinsichtlich dieser Frage auch nach verschiedenen Gesichtspunkten beurteilt[1]) werden, ist diese Trennung nicht nur gerechtfertigt, sondern sogar notwendig.

Eine getrennte Behandlung beider soll auch in dieser Bearbeitung festgehalten werden. Der Grund hierfür sind aber lediglich Zweckmässigkeitsrücksichten, um auf diese Weise eine grössere Klarheit und Uebersichtlichkeit der Darstellung zu erzielen, nicht eine Verschiedenartigkeit in den für die Beurteilung dienenden Gesichtspunkten, denn diese sind, wie noch gezeigt werden soll, im Gegenteil ganz dieselben.

Aus demselben Grunde soll auch in der Besprechung der Frage der Haftung für Eviktion bei Schenkung nicht die bei dieser gewöhnlichen Art der Darstellung beibehalten werden. Gewöhnlich werden nämlich die drei verschiedenen Ansichten, die sich über diese Frage gebildet haben, jede für sich in historischer Reihenfolge erörtert. Da aber alle drei Meinungen sich ungefähr auf dieselben Quellenstellen stützen, ist es bei dieser

---

1) So auch in der neuesten Bearbeitung unserer Frage bei Blohm: „Eviktionsleistung bei Schenkungen und Vermächtnissen". Göttingen 1891.

Art der Erörterung schlechterdings unmöglich, Wiederholungen zu vermeiden, sowie auch Klarheit und Uebersichtlichkeit in der Darstellung zu erzielen An diesen Gebrechen kranken denn auch in der That die Bearbeitungen derer, welche diesen Weg eingeschlagen [1]).

Die Quellenstellen, auf welche die drei Ansichten sich stützen, sind, wie gesagt, ungefähr dieselben. Demnach würde es vielleicht zu grösserer Klarheit und Uebersichtlichkeit der Darstellung verhelfen, von diesen auszugehen und bei Besprechung der einzelnen Quellenstellen die verschiedenen Ansichten zu besprechen. In dieser Bearbeitung soll dieser Versuch der Darstellung gemacht werden. Zunächst sollen die drei verschiedenen Ansichten ohne weitere Kritik aufgeführt werden. Bei der darauffolgenden Besprechung der einzelnen Quellenstellen, auf welche die drei Meinungen sich stützen, soll soviel als möglich, auch immer auf alle drei Bezug genommen werden, jedoch nur insoweit, als es der in dieser Bearbeitung beabsichtigte Nachweis der Richtigkeit der Koch'schen Meinung erfordert. Hoffentlich wird diese Art der Darstellung zu einer Klarheit führen, und die lästigen Wiederholungen im grösserem Masse wenigstens wegfallen.

---

1) Glück, Bd. XX, Thibaut, civilistische Abhandlungen S. 48, Weiske, Rechtslexikon IV, Koch, Recht der Forderungen II, S. 4072 a. a. O.

Ausführung.

A. Haftung für Eviktion bei der Schenkung.

I. Die verschiedenen Ansichten über die Haftung des Schenkers für Eviktion.

Die Schenkung ist nicht, wie z. B. der Kauf, ein einzelnes Geschäft, sondern umfasst eine ganze Reihe von solchen, die sich wiederum alle unter die drei Gesichtspunkte des dare, obligare und liberare unterordnen lassen[1]). Für die Frage der Haftung für Eviktion ist aber nur die Unterscheidung zwischen donatio dando und donatio obligando von Bedeutung und auch diese Unterscheidung nur insoweit natürlich als die Schenkung einer Sache in Betracht kommt, sei es einer bestimmten oder einer nur generisch bezeichneten, denn nur bei dieser kann im eigentlichen Sinne des Wortes von einer Eviktion die Rede sein[2]).

1) Baron S. 124, Keller S. 125 u. a. m.

2) Eine Eviktion bei einer Forderung ist gar nicht denkbar. Es liesse sich höchstens in der Verpflichtung des Cedenten für Verität der cedierten Forderung einzustehen eine der für Eviktion einer Sache einzustehn ähnliche erblicken. Für die Verität der cedierten Forderung hat der Cedent aber weder bei Schenkung noch bei Vermächtnis nach der übereinstimmenden Ansicht fast aller Juristen einzustehen. a) Diese Ansicht stützt sich, was die Schenkung anbetrifft, auf die l. 18 § 3 D. de don. 39.5 und lässt sich auch mit der herrschenden Meinung bezüglich der Eviktionshaftung vereinbaren, da die Cession einer Forderung donandi causa der Schenkung einer speciell bestimmten Sache gleichzustellen.

a) Baron S. 434, Arndts S. 462, Dernburg S. 223, 224, Windscheid II § 336 a. E.

Aus diesem Gesichtspunkte bedarf auch die Frage der

Auf dieser Unterscheidung zwischen donatio dando und donatio obligando baut sich denn auch die älteste Ansicht über die vielumstrittene Frage der Eviktionshaftung des Schenkers auf, welche nach ihren Verfechtern auch die Glossatorenmeinung genannt wird.

Die Glossatoren nahmen bei der donatio obligando ganz allgemein eine Verpflichtung zur Eviktionsleistung an, bei der donatio dando dagegen in der Regel nicht. Bei dieser sollte nur im Falle des dolus, oder wenn der Schenker es durch Vertrag besonders übernommen, dieser für Eviktion haften. Lange Zeit, man kann sagen das ganze Mittelalter hindurch war diese Ansicht die herrschende, jedoch nicht unbestritten.

Eine Reihe bedeutender Rechtslehrer, Duaren an der Spitze[1]), bekämpften sie aufs heftigste[2]). Sie gelangten zu dem Resultate, das von dolus und besonderer Uebernahme der Haftung abgesehn der Schenker stets frei von Eviktionshaftung sei, und die von den Glossatoren gemachte scharfe Unterscheidung zwischen donatio dando und donatio obligando für die Entscheidung der Streitfrage gleichgiltig.

Dieser Ansicht der schroffen Verneinung jeglicher Eviktionshaftung gegenüber bildete sich seit dem Kanzler Koch eine dritte Meinung. Diesem gebührt das Verdienst, wenn auch nicht der erste, so doch

Haftung für Eviktion bei der donatio liberando keiner weiteren Besprechung. Bei der donatio liberando erlässt der Schenker dem Beschenkten eine Forderung, die ihm wenigstens angeblich gegen diesen zusteht, und somit würde es sich hier im Falle der Eviktion nur um die Frage der Haftung für Eviktion einer Forderung handeln.

1) Commentar ad L. 2 Cod. de evictione.

2) Thibaut, Civilistische Abhandl. S. 49. 50.
Koch, Recht der Forderung. S. 407—411.
Glück, Bd. XX S. 238 und fg.

durch seine Schrift „Commentatio juridica de evictione in donatione non indistincte praestanda, Giessen 1774“ ihr Hauptverfechter gewesen zu sein. Ohne so allgemein, wie Duaren und seine Anhänger, jegliche Eviktionshaftung zu verneinen, sieht sie auch nicht, wie die Glossatoren, in dem Schenkungsakte das allein Entscheidende. Nach ihr entscheidet einzig und allein die Art des Schenkungsgegenstandes, und ist die Schenkung einer Species von der einer nur generisch bestimmten Sache scharf zu scheiden. Die Unterscheidung der Glossatoren zwischen donatio dando und donatio obligando behält sie notwendigerweise[1]) auch bei. Eine Haftung des Schenkers nimmt sie nur bei der donatio obligando einer nur generisch bestimmten Sache an. Bei der Schenkung einer Species dagegen, ausgenommen, dass der Schenker sich eines dolus schuldig gemacht oder die Haftung für Eviktion besonders übernommen, sei sie dando oder obligando geschehen, ist dieser frei von jeglicher Haftung.

II. Nachweis der Richtigkeit der herrschenden Koch'schen Meinung.

Grundzüge der Meinung Koch's.

Der Meinung Kochs haben sich im Laufe der Zeit die weitaus grösste Mehrzahl der Rechtslehrer angeschlossen, und wird sie heute als die herrschende bezeichnet. Diese herrschende Meinung sieht den entscheidenden Unterschied in der Art des Schenkungsgegenstandes. Bei der Schenkung einer Speciessache spricht sie den Schenker, da hier nur diese Species in obligatione und in solutione, von dolus und dem beson-

1) Der Grund wird noch bei Besprechung der herrschenden Meinung angegeben werden.

deren Fall der übernommenen Haftung abgesehn, frei von Eviktionshaftung. Nicht so bei der donatio obligando einer nur generisch bezeichneten Sache. Denn hier, wo das ganze Genus in obligatione und nur der geleistete Gegenstand in solutione ist, hat, wenn dieser dem Beschenkten entwehrt wird, der Schenker seine Verbindlichkeit nicht erfüllt.

Den Unterschied zwischen donatio dando und donatio obligando der Glossatoren hält also auch diese Meinung fest. Und mit vollem Rechte, da die Schenkung einer nur generisch bezeichneten Sache stets nur obligando, niemals dando, möglich ist. Durch die Hingabe tritt an die Stelle der vorher nur generisch bezeichneten Sache eine Species. Der Schenker, welcher bei der durch Hingabe vollzogenen Schenkung sagen würde: „Hier schenke ich Dir ein Buch", würde sich juristisch ungenau ausdrücken. Es ist in diesem Falle nicht „ein", sondern eben dies bestimmte, welches er gerade dem Beschenkten übergiebt. Ganz anders dagegen verhält es sich, sagt der Schenker: „ich werde Dir ein Buch schenken". Hier giebt er nur die generische Bezeichnung des Geschenkes, in unserem Beispiele, dass es ein Buch sein werde.

Welches Buch aber es ist, bestimmt sich erst durch die von ihm getroffene Wahl. Als dritter möglicher Fall wäre noch der zu denken, dass der Schenker sagt: „ich werde Dir eines von meinen Büchern aus meiner Bibliothek schenken". Der Geschenkgegenstand ist hier ebenfalls nur generisch bestimmt, das Genus selbst aber in seinem Umfange genau bezeichnet, auf eine bestimmte Quantität beschränkt. Koch spricht in einem solchen Falle von einer donatio mixta, bei welcher der Schenker solange für Entwehrung einzustehn habe, als er noch in der Lage sei, aus der

bezeichneten Quantität das Versprochene nachzuliefern, in dem gewählten Beispiele, solange er noch Bücher in der Bibliothek hat. Diese Dreiteilung dürfte aber für unsere Frage kaum von praktischem Werte sein, da es hier allein auf die Unterscheidung zwischen Species und Genus ankommt. Von dem dritten Falle der donatio mixta, mag daher im Folgenden abgesehen werden, denn diese als eine Unterart der generischen Bezeichnung überhaupt ist demnach auch hinsichtlich der Frage der Eviktionshaftung nach den Grundsätzen, nach denen bezüglich dieser Frage die Genusschenkung beurteilt wird, zu behandeln.

Die lex 18 § 3 de donat. 39. 5 in Verbindung mit c. 2 de evict. VIII, 44 kein Beweis gegen die herrschende Meinung.

In der Besprechung der Quellenstellen ist von der einzigen Gesetzesbestimmung des Digestentitels über Schenkungen, welche von der Eviktionshaftung handelt, und die dementsprechend auch von allen drei Meinungen angeführt wird, auszugehen.

L. 18 § 3 D. 39. 5.

> Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit, inque eam sumtus magnos fecero, et sic evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere, plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit.

Labeo will den Schenker, abgesehen von dolus, für Eviktion nicht einstehen lassen. Für die Richtigkeit der Ansicht derer, welche den Schenker frei von jeder Eviktionshaftung erklären, ist somit durch diese Stelle anscheinend ein schlagender Beweis erbracht. Aber dieser Beweis ist auch nur anscheinend geführt.

Die herschende Meinung und gleich ihr die Glossatoren führen dagegen und zwar mit vollem Rechte aus, dass in diese Gesetzesbestimmung nur von der durch Uebergabe vollzogenen Schenkung und somit, was die herrschende Meinung angeht, von einer Speciesschenkung die Rede ist. Ein Fall, in welchem auch nach ihrer Meinung, von dolus immer abgesehn, der Schenker frei von Eviktionsverbindlichkeit ist.

Diese Auffassung der Stelle, von den Anhängern Duarens als eine interpretatio restrictiva bezeichnet, wird auch durch den Wortlaut bestätigt: „si quis mihi rem alienam donaverit". „Donare" ist doch gerade die technische Bezeichnung für die durch Uebergabe vollzogene Schenkung, denn in l. 35 § 1 D. de mortis causa donationibus 39. 6 heisst es ausdrücklich: „dicta est a dono quasi dono datum". Und in dem Titel 5 desselben Buches, dem Titel, in welchem auch die l. 18 § 3 steht, heisst es in l. 1 pr:

> „Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat, haec proprie donatio appellatur".

Ein deutlicherer Beweis, dass mit donare die durch Hingabe vollzogene Schenkung bezeichnet wird, könnte doch wohl kaum erbracht werden. Zudem finden sich in demselben Digestentitel 39. 5 im Gegensatz zu dieser l. 1. pr. auch noch die technischen Bezeichnungen für das Schenkungsversprechen. Ausdrücklich heisst es in den beiden hier heranzuziehenden Gesetzesbestimmungen nicht „donare", sondern in l. 22. h. t.:

> „donationis causa promittere"

und in l. 33. h. t.:

> „ex causa donationis stipulanti spondere."

Auch aus dem engeren Zusammenhang der l. 18 § 3 ergiebt sich, dass in dieser nur von der durch Uebergabe vollzogenen in l. 1 pr. h. t. definierten Schenkung die Rede sein kann. In den vorhergehenden §§ 1 und 2 wird stets nur der Ausdruck tradere gebraucht, so lautet § 2:

Si donationis causa in hoc tradatur servus . . . .

Eine andere Beurteilung muss aber Platz greifen, falls sich der Schenker eines dolus schuldig macht. In diesem Falle muss er nach l. 18 § 3 wie dies auch eigentlich selbstverständlich, für Eviktion haften. Er ist verpflichtet dem Beschenkten das volle Interesse zu ersetzen, den vollen Schadenersatz zu leisten, worunter in diesem Falle alles das zu verstehen, was der Beschenkte durch die Schenkung am eigenen Vermögen eingebüsst.

Das Gleiche gilt im Falle der besonderen Uebernahme der Haftungsverbindlichkeit nach l. 3 de evict. l. 8. 44:

„Quoniam avus tuus, cum praedia tibi donaret, de evictione eorum cavit, potes adversus coheredes tuos ex causa stipulationis consistere ob evictionem praediorum, pro portione scilicet hereditatis. Nudo autem pacto intervenient minime donatorem hac actione teneri certum est.“

Nach dem Wortlaute, es heisst hier donare, und der Zusatz praedia hebt die Bedeutung des donare noch deutlicher hervor, kann auch hier nur von der durch Hingabe vollzogenen Schenkung die Rede sein. Die aus dieser Stelle gezogene Schlussfolgerung, dass der Schenker stets frei von der Eviktionshaftung sei, es sei denn, dass er sie ausdrücklich und zwar durch Stipulation übernommen, ist somit durchaus ungerechtfertigt. Denn hier ist doch nur von einer durch Uebergabe voll-

zogenen und somit einer Speciesschenkung die Rede und darüber, dass in einem solchen Falle keine Eviktionshaftung Platz greift, sind ja alle einig. Ueber die Wirkungen einer besonders stipulierten Uebernahmehaftung kann ebensowenig eine Meinungsverschiedenheit herrschen, und die Bestimmung, dass ein nudum pactum nicht genügt, um die Haftung zu übernehmen, beweist auch nichts gegen die herrschende Meinung. Denn da nach damaligem Rechte ein Versprechen, von Ausnahmen abgesehen, um klagbar zu sein, in Stipulationsform gekleidet werden musste, musste diese doch auch für das Versprechen einer Haftung für Eviktion verlangt werden. Und heute, wo auch die formlosen Verträge klagbar, ist diese Bestimmung überhaupt ohne Bedeutung.

Eine Sentenz des Paulus in seinen recept. Lib. V Tit. 11 § 5 lautet:

„Invitus donator de evictione rei donatae promittere non cogitur nec eo nomine, si promiserit, onerator, quia lucrativae rei possessor ab evictionis sentent. actione ipsa iuris ratione depellitur."

Der hierin aufgestellte Grundsatz, dass sogar eine Stipulation, durch welche der Schenker die Haftung für Eviktion verspricht, wirkungslos sei, wird aber selbst von Blohm, welcher in jüngster Zeit unsere Frage behandelt und sich in schroffster Weise auf den Duaren'schen Standpunkt gestellt hat, verworfen. Er bezeichnet ihn als einen „exorbitanten, der aus guten Gründen, da er die ganze Lehre von der Stipulation über den Haufen werfe, in die justinianische Gesetzessammlung nicht aufgenommen worden[1]). Und auch die auf diese Sentenz gestützte Behauptung

1) Blohm S. 23, 24.

Duaren's und seiner Anhänger, dass die Nichthaftung für Eviktion von den Römern als naturale negotii angesehen worden, lässt sich nicht verteidigen. In dieser Stelle ist nach dem Wortlaute auch nur von einer durch Hingabe vollzogenen, eine Speciesschenkung, die Rede. Dieselbe würde also, selbst wenn sie zu verteidigen wäre, gegen die herrschende Meinung nichts beweisen.

Durch die l. 18 § 3 und im Anschluss an diese durch die l. 2 de evict. VIII 44 ist aber noch immer kein Beweis für die Richtigkeit der herrschenden Meinung erbracht worden. Es ist vielmehr bis jetzt nur nachgewiesen worden, dass diese Gesetzesbestimmungen nicht wie die, welche den Schenker stets frei von Haftung erklären, behaupten, gegen die herrschende Meinung sprechen, sondern sich im Gegenteil mit ihr sehr gut vereinbaren lassen.

Die c. 1 C. de iure dot. 5. 12 und die sich auf diese stützende Glossatorenmeinung in Verbindung mit der Bekkers, ihres Vertheidigers aus neuester Zeit.

Die C. 1 C. V 12 de iure dot., auf der sich die Glossatorenmeinung aufbaut, ist auf die Beurteilung der Frage, ob der Schenker für Eviktion hafte, ohne Einfluss. Aus diesem Grunde wird sie am zweckentsprechendsten hier, bevor auf die eigentlichen Quellenbelege der herrschenden Meinung eingegangen wird, besprochen.

Die Glossatoren sind der Ansicht, dass bei der donatio dando der Schenker frei von Eviktionshaftung ist, nicht aber bei der donatio obligando. Im letzteren Falle hat der Schenker durch das Schenkungsversprechen die Verpflichtung übernommen, zu erfüllen. Wird aber die behufs Erfüllung gemachte Leistung evinciert, so hat der Schenker nicht erfüllt und ist zu

einer neuen Leistung verpflichtet. Diese Behauptung konnten die Glossatoren durch die l. 18 § 3, die nach ihrer Ansicht nur von der donatio dando handelt, nicht begründen. Dies wäre ein argumentum a contrario, welches weiter keinen Vorzug, als der einer grossartigen Kühnheit hätte. Aber die Glossatoren thun dies, wie gesagt, auch nicht, sondern berufen sich in erster Linie auf die C. 1 C. 1 de jure dot. V 12. Nach ihr ist der, welcher eine Dos durch Uebergabe bestellt, falls er sich hierbei keines dolus schuldig gemacht, frei von der Haftung für Eviktion, nicht so aber der, welcher eine solche nach vorausgegangenem Versprechen bestellt. Die Glossatoren dehnten diese von der Dosbestellung getroffene Bestimmung, indem sie in der Dosbestellung eine Schenkung sahen, auf alle Schenkungen aus. Auf dieser Codexbestimmung fusst die ganze Glossatorenmeinung, die ihren letzten warmen Verteidiger in dem bedeutenden Rechtslehrer Boehmer (Carpzow[1]) fand. Nach ihm galt lange Zeit hindurch diese Meinung als besiegt, bis sie in neuerer Zeit wieder von Bekker in seiner Studie „Eviktionsleistung bei der Schenkung"[2]) zu rehabilitieren versucht worden.

Bekker ist von den neueren Juristen so ziemlich der einzige Verteidiger der Glossatorenmeinung. Ohne sich auf die zuletzt citierte C. 1 Cod. de iure dot. 5. 12 berufen, unterscheidet er ebenfalls zwischen donatio dando und donatio obligando. Bei ersterer ist auch nach seiner Meinung der Schenker frei von der Haftung für Eviktion, ausgenommen, dass er dolose gehandelt oder die Haftung besonders übernommen. Für die Be-

1) Jurispr. for. P. II. Const. XXXIV. Definit. 23 Nr. 3.
2) Bekker, Jahrbuch des gem. Rechts VI. S. 245 u. fg.

urteilung der donatio dando ist nach seiner Meinung die l. 18 § 3 D. 39. 5. in welcher auch die Bestimmung der Haftung für dolus getroffen, massgebend. Ueberaus gekünstelt erscheint aber seine Construktion der Uebernahme der Haftung.

Diese soll nach ihm entweder durch ein bei der Hingabe der Sache abgegebenes Schenkungsversprechen, oder durch eine Doppelschenkung, „ein einfaches Geben und ein bedingtes Versprechen“[1]), geschehen. Zudem haben übrigens diese Construktionen, wie er auch selbst zugiebt, gar keinen praktischen Wert, denn bei den Römern griffen hier die Bestimmungen der C. 2 de evict. 8 44 Platz und heute würde eben jede diesbezügliche formlose Verabredung genügen.

Beim Schenkungsversprechen will er scharf zwischen dem durch Stipulation eingegangenen und dem reinen Schenkungsversprechen, welchem durch die l. 35 l. 8,53 Klagbarkeit verliehen worden, unterschieden wissen. Bei dem ersteren beruft er sich auf die strikte Natur der actio ex stipulatu bezw. der condictio certi, welche, falls eine fremde Sache und somit nichts gegeben, fortdauern[2]). Auf grössere Schwierigkeiten stösst er bei dem formlosen Schenkungsversprechen. Durch den Anfang der l. 35 l. 8, 53 wird, wie er selbst zugeben muss, wenn es auch nach seiner Meinung „weder den allgemeinen Principien entspricht, noch durch Nützlichkeit geboten ist“ klar erwiesen, dass wer durch ein derartiges Schenkungsversprechen nur generisch bezeichnete Sachen schenkt zum „dare“ und somit im Falle der Eviktion zur Haftung ver-

1) Bekker, Jahrbuch des gem. deutschen Rechts. VI. S. 246.

2) Liebe, Stipulation. S. 154.

pflichtet ist[1]), während das formlose Schenkungsversprechen einer Species keine derartige Verbindlichkeit auferlegt. Die von Bekker versuchte Verteidigung der Glossatorenmeinung kann somit nur als misslungen betrachtet werden. Er erweist gegen seinen Willen vielmehr die Richtigkeit der Meinung, welche er bekämpfen wollte, nämlich die der herrschenden.

Bekker hat sich wohlweislich in seiner Begründung der Glossatorenmeinung nicht, wie diese selbst, auf die c. 1 c. de jure dot. 5. 12 gestützt. Letztere war es nämlich, welche den Ausgangspunkt für die Gegenausführungen der Bekämpfer der Glossatorenmeinungen bildete. Die Ausdehnung der in dieser c. 1 c. de jure dot. 5. 12 getroffenen Bestimmungen auf die Schenkung war denn auch eine allzugewagte und bot den Gegnern die schärfste Waffe zur Bekämpfung dieser ganzen Meinung. Mit vollem Rechte wurde denn auch von diesen darauf hingewiesen, dass die angezogene Stelle einzig und allein von der Bestellung der Dos handelt und der Schenkung gar keine Erwähnung thut. Die Möglichkeit, dass in der Bestellung der Dos eine Schenkung liegt, ist an und für sich nicht ausgeschlossen, ist aber doch nur ein Ausnahmefall. In den weitaus meisten Fällen will der Besteller der Dos doch die ihm gesetzlich obliegende Pflicht zur Dotierung erfüllen, um dem Manne, der die ehelichen Lasten zu tragen hat, und dem die Verpflichtung obliegt, für standesgemässen Unterhalt der Frau und Kinder zu sorgen, eine Beihülfe zu gewähren.

Ausserdem wurde auch noch, um die Unhaltbarkeit der Glossatorenmeinung darzuthun, auf die formellen Unterschiede zwischen Schenkung und Dos

1) Bekker, Jahrbuch des gem. Rechts. VI. S. 249.

hingewiesen, so z. B. die Verbindlichkeit des Dosversprechens im Gegensatz zur Klaglosigkeit des Schenkungsversprechens vor Justinian. Die Glossatorenmeinung wird von den neueren Rechtslehrern denn auch fast allgemein als beseitigt angesehn.

Die Quellenstellen, auf welche sich die herrschende Meinung stützt.

Koch hat sich zur Begründung der Richtigkeit seiner Ansicht auf die l. 45 und l. 46 de leg. I gestützt.

> Heres generaliter dare damnatus sanum eum esse promittere non debet, sed furtis et noxiis solutum esse promittere debebit, quia ita dare debet, ut eum habere liceat, sanitas autem servi ad proprietatem eius nihil pertinet. Sed ob id, quod furtum fecit servus, aut nocam nocuit, evenit quominus eum habere domino non liceat, sicuti ob id, quod obligatus est fundus, accidere possit, ut eum habere dominus non liceat.
>
> § 2. Si vero certus homo legatus est, talis dari debet, qualis est. l. 46. Quae de legato dicta sunt, eadem transferre licebit ad eum, qui vel Stichum, vel hominem dare promiserit.

Der Inhalt der l. 45 § 1 ist also der, dass der mit Leistung eines nur generisch bezeichneten Sklaven Beschwerde verpflichtet ist, dafür Gewähr zu leisten, dass der zur Erfüllung des Vermächtnisses hingegebene Sklave furtis et noxiis solutus sei. Und dies deswegen, weil aus diesem Grunde der Sklave dem Vermächtnisnehmer entwehrt werden könnte. Ein Fall, welcher bei einem Grundstücke, das mit Pfandrechten belastet, aus dem letzteren Grunde eintreten kann. Für die

Gesundheit des hingegebenen Sklaven, eine Eigenschaft, durch welche der Eigentumsgenuss nicht berührt wird, braucht er dagegen keine Gewähr zu leisten.

Diesen Bestimmungen über das Genus legatum gegenüber ist nach § 2 der mit Leistung eines bestimmten Sklaven Beschwerte nur verpflichtet, diesen so zu leisten, wie er ist, m. a. W. wie er ihn in der Erbschaftsmasse vorfindet.

Diese Auslegung der l. 45 ist die im Koch'schen Sinne, eine durchaus nicht allgemein anerkannte[1]). Ist aber der Inhalt dieser l. 45 schon ein sehr bestrittener, so ist die Auslegung der l. 46 h. t. der heissumstrittenste Punkt in der ganzen Streitfrage der Eviktionshaftung des Schenkers.

Koch will unter die Annahme, dass in dieser Gesetzesbestimmung unter promittere das Schenkungsversprechen zu verstehen sei, die in l. 45 § 1 und 2 über Vermächtnisse getroffenen Bestimmungen auf die Schenkungen ausgedehnt wissen. Aus dem Wortlaute geht diese Ansicht aber durchaus nicht unwiderleglich hervor, denn es heisst hier doch nur „promittere" und mit „promittere" als terminus technicus wird ganz allgemein jede Stipulation überhaupt bezeichnet. Es müssten also aus dem Inhalte oder vielmehr aus dem Zusammenhange der Stelle die Worte „donationis causa" ergänzt werden, zumal da ja „donationis causa promittere" die technische Bezeichnung für das Schenkungsversprechen (l 22 D. de donat. 39. 5). Aber, wenn auch hier in der That m. E. nur vom Schenkungsversprechen, wie noch gezeigt werden soll, die Rede sein kann, es heisst in dieser Stelle nur „promittere".

1) Auf die Bekker'sche Auslegung der l. 45 wird bei Besprechung der Bekker'schen Ansicht über l. 46 näher einzugehen sein.

Auf diesen Umstand stützen sich denn auch die Bekämpfer der Koch'schen Ansicht, in erster Linie unter ihnen Thibaut. Thibaut will unter promittere gemäss seiner eigentlichen Bedeutung jede Stipulation überhaupt verstanden und demgemäss die Bestimmungen der l. 45 D. § 1 und § 2 de leg. I auf alle Stipulationen ausgedehnt wissen, auch auf die ex onerosa causa. Die Bestimmungen der l. 45 stehen aber doch zu den allgemeinen Grundsätzen über onerose Geschäfte im denkbar grössten Widerspruche. Der l. 45 zufolge würde z. B. der Verkäufer aus der Kaufstipulation einer Species weder für Entwehrung, noch für Fehler und Mängel einstehn. Zur Erklärung dieser mit den allgemeinen Grundsätzen über onerose Geschäfte im schroffsten Widerspruch stehenden Bestimmungen beruft sich Thibaut auf die „knappe Auffassung“ [1]) der Römer über die Stipulation. Die Stipulation braucht aber doch nicht immer notwendigerweise eine abstrakte zu sein. Und selbst angenommen die Stipulation müsste stets abstrakt sein, so ist die causa derselben für die Beurteilung, wenn sie auch nicht zum Ausdruck kommt, durchaus nicht gleichgültig. Würde in dem Falle, dass die Species dem Käufer entwehrt würde, dieser den Kaufpreis dennoch zahlen müssen, und der Verkäufer diese ungerechtfertigte Bereicherung behalten dürfen, dies alles der strikten Natur der Stipulation wegen? Bei den Stipulationen, bei welchen der Stipulator dem Promissor eine Vorleistung zu machen, steht dem letzteren, wenn er im Falle der Nichtleistung mit der Klage aus der Stipulation belangt wird, dem Stipulator gegenüber die exceptio doli zu [2]).

1) Thibaut, civilistische Abhandlungen. S. 63.
2) Baron, S. 344.

Sollte man diese Bestimmung nicht auch auf die onerosen Geschäfte ausdehnen können, wo die stipulirte Leistung doch auch nur gegen eine Gegenleistung erfolgt, die, wenn auch nicht immer vorher, so doch in der Regel gleichzeitig erfolgen muss. Die abstrakte Stipulation ist zwar auch dann gültig, wie Baron sagt, „wenn der Zweck an einem Mangel leidet", jedoch kann sie in einem solchen Falle „angefochten und rückgängig gemacht werden" [1]).

Und letzteres würde doch im Falle der Entwehrung bei einer Stipulation ex onerosa causa unfehlbar geschehn. Handelte die l. 46 also, wie Thibaut will, von allen Stipulationen, so wären die Bestimmungen der l. 45, welche nach ihm durch l. 46 auf alle Stipulationen ausgedehnt werden sollen, geradezu unsinnig.

Die anderen Juristen, welche die Koch'sche Meinung bekämpfen, sind denn auch Thibaut in seiner Auffassung der l. 46 D. de leg. I nicht gefolgt, sondern haben für das promittere eine andere Erklärung versucht. Unterholzner [2]) und ihm folgend Schilling [3]) sind der Ansicht, dass hier mit dem „promittere" die Stipulation einer cautio legatorum servandorum causa gemeint sei. Einen weiteren Beweis dieser ihrer Behauptung bleiben aber beide schuldig und aus dem Wortlaute der l. 46 kann man das doch auch so ohne weiteres nicht entnehmen, geschweige denn beweisen. Aber zugegeben es wäre diese Ansicht die richtige, so wäre doch zum mindesten die l. 46 D. de leg. I überflüssig. In l. 9 D. de stipulationibus praetoriis 46, 5 ist die genaue Bestimmung getroffen, dass bei prätorischen Stipulationen, — und eine solche ist doch die cautio legatorum servandorum causa — einzig und allein der Wille, die

1) Baron, S. 356.
2) Unterholzner, Lehre v. d. Schuldverhältnissen II. S. 524.
3) Schilling, Römisches Privatrecht III. S. 942.

Absicht des Prätors entscheide[1]). Sollte dieser Bestimmung über die prätorischen Stipulationen bezüglich der Stipulation einer cautio legatorum servandorum causa eine Schranke gesetzt werden? Wie kommt denn diese Bestimmung in den Digestentitel, welcher über die Vermächtnisse handelt, und steht nicht in dem Digestentitel 46. 5? Auch soll doch das „promiserit" in l. 46 D. de leg. I nach dem Wortlaute einen Gegensatz ausdrücken zu den Bestimmungen der l. 45 eod. bezüglich der Vermächtnisse, und wo bliebe denn der bei der Annahme der Stipulation einer cautio legatorum servandorum causa, „einer Einkleidung der von ihr unabhängigen legatorischen Verbindlichkeit"[2])? Auf alle diese Fragen bleiben uns aber Unterholzner und Schilling die Antwort schuldig, und es würde ihnen auch wohl unmöglich sein, eine zufriedenstellende zu geben.

Alle diese Versuche die l. 46 D. de leg. I anders als Koch zu erklären müssen demnach als gescheitert betrachtet werden. Diese Gesetzesbestimmung passt eben nur, wie dies auch Bekker, welcher doch auch ein Gegner Kochs, zugeben muss, einzig und allein auf das Schenkungsversprechen.

Darum, sagt Bekker, pflegt man der Stelle Gewalt anzuthun und sie wider ihren Sinn auf das Schenkungsversprechen zu beschränken[3]).

Bekker sieht den Grund dafür, dass die l. 46 D. de leg. I. anscheinend nur auf solche Promissionen, die Schenkungsversprechen sind, passt, darin, dass man

1) l. 9. D. de stipulat. praet. 46, 5.
In praetoriis stipulationibus, si ambignus sermo acciderit, Praetoris erit interpretatio eius enim mens aestimanda est.
2) Bachofen, das römische Pfandrecht. S. 310.
3) Bekker, Jahrbuch des gem. Rechts. VI. S. 252.

stets die l. 45 cod. falsch erkläre. Bei einer richtigen Erklärung dieser würde sich auch die l. 46 leicht in einer für alle Stipulationen passenden Weise erklären lassen. Welches ist denn aber die richtige Erklärung der l. 45 D. de leg. I nach Bekkers Meinung? Nach seiner Ansicht ist in l. 45 § 1 nicht von Entwehrung die Rede, sondern vielmehr davon, dass der mit einer nur generisch bestimmten Sache Beschwerte für die auf der Sache lastenden Noxalansprüche einzustehen habe, während nach § 2 der mit einem Speciesvermächtnisse Beschwerte auch hiervon frei sei. Kurz — das ist der Kernpunkt der Bekker'schen Erörterungen beim Speciesvermächtnisse sei der Erbe zum „dare", beim genus legatum aber zum „dare, ut habere liceat" verpflichtet[1]).

Beim Speciesvermächtnisse wäre demnach der Erbe, wie dies aus dem Worte „dare" ausdrücklich hervorgeht, verpflichtet, diese Species dem Legatar ins Eigentum zu übertragen. Es heisst aber nach dem Wortlaute der l. 45 § 2 ausdrücklich talis dari debet, qualis est.

Nehmen wir nun an, um in dem Beispiel der Quellen zu bleiben, der Erblasser habe bona fide den Stichus vermacht. Stichus gehört aber, als ein fremder, dem Erblasser gar nicht und wird von seinem rechten Herrn vom Vermächtnisnehmer in Anspruch genommen. Der Erbe war nur verpflichtet, den Stichus dem Vermächtnisnehmer zu leisten und zwar nach der gesetz-

1) Für die über das dare hinausgehende Verpflichtung zum „Dare, ut habere liceat" beruft sich Bekker auf den in l. 110 D. de leg. I. aufgestellten Grundsatz „heredem in hoc teneri, ut non pessimum det." Soll der Erbe aber deshalb, weil, wenn er das Wahlrecht hat, er beim genus legatum nicht das Schlechteste geben darf, auch hier zur Prästierung des „habere licere" verpflichtet sein? Diese Begründung kann m. E. doch nicht rechtfertigt werden.

lichen Bestimmung „talis qualis est“, in diesem Falle also als einen dem Erblasser nicht gehörenden. Von dare, ins Eigentum übertragen, kann doch m. E. demgemäss in einem solchen Falle schon aus Vernunftsgründen gar keine Rede sein. Ein fernerer Beweis aber, dass in l. 45 § 2 D. de leg. I des „dare“ nicht in seiner strengsten Bedeutung dem „in Eigentum übertragen“ aufzufassen, dürfte noch durch die l. 56 eod. erbracht werden und die Annahme, dass das Gesetz in l. 45 § 2 eod. nur von dare im Sinne von praestare spricht, bestätigt werden.

L. 56 D. de leg. I. lautet:

„Si legati servi nomine stipuletur legatarius, fugitivum eum non esse praestari, nihil veniet in eam stipulationem, quia qualis sit, talis ex testamento praestari debet nec ullum in legato damnum facere intelligeretur.“

An der Verpflichtung des Erben, die Sache so zu leisten, wie sie ist, kann also selbst durch eine Stipulation, worin etwas hiervon Abweichendes vereinbart wird, nichts geändert werden. Der Fall, dass der Stipulation im römischen Rechte keine Kraft beigelegt wird, ist aber ein solch ausserordentlicher, dass er sich nur dadurch erklären lässt, dass beim Vermächtnis einer Species die Leistung dieser „talis qualis est“, geradezu als essentiell angesehen wurde. Eine andere Erklärung ist wohl kaum möglich. Es heisst zwar in l. 45 § 2 nicht praestare, sondern dare, aber auch hierfür lässt sich aus dem Wortlaut eine Erklärung herleiten. Das Wort dare ist hier gebraucht, weil in dieser Stelle vom Damnationslegat die Rede, dessen Formel doch bekanntlich „dare, damnas esto“, wie es

ja auch im Anfang der l. 45 § 1 D. de leg. I ausdrücklich heisst:

„Heres generaliter, dare damnatus".

Der Erbe ist beim Speciesvermächtnis seinen Verpflichtungen demnach vollständig nachgekommen, wenn er die Sache, so wie er sie in der Erbschaftsmasse vorfindet, übergiebt. Alle diese aufgeführten Gründe dürften also doch wohl dafür sprechen, hier das dare nicht mit Bekker in seiner technischen Bedeutung auffassen zu wollen.

Beim Vermächtnis einer nur generisch bezeichneten Sache soll der Erbe nach der herrschenden Meinung für Entwehrung haften, nach Bekker ist er zum dare, ut habere liceat verpflichtet[1]). Welcher Unterschied ist aber somit zwischen der herrschenden und der Bekker'schen Meinung? Der Erbe hat nach Bekker dafür einzustehen, dass der Sklave furtis et noxiis solutus, weil in einem solchen Falle „das habere licere gebrochen werden kann." Diese Worte Bekker's sind nun aber doch nichts anderes als eine andere Ausdrucksweise für das Wort Entwehrung, denn der Fall des Sklaven furtis et noxiis non solutum ist doch nur ein Beispiel für die Möglichkeit dieser, geradeso wie der in derselben Gesetzesbestimmung auch enthaltene Fall, dass ein mit Pfandrechten belastetes Grundstück dieserwegen entwehrt werden kann.

Bekker verkennt eben, dass die Verpflichtung des mit Leistung einer nur generisch bestimmten Sache Beschwerten für Fehlen von Noxalansprüchen bezw. von Pfandrechten einzustehen sich lediglich auch aus der Verpflichtung herleitet, für Eviktion einzustehen. Zudem heisst es in der l. 45 § 1, als Begründung

1) Bekker, Jahrbuch des gem. Rechts, VI. Bd. S. 257.

dafür, dass der Erbe nicht dafür einzustehen, dass der Sklave gesund sei „sanitus autem servi ad proprietatem eius nihil pertinet", womit doch deutlich ausgesprochen wird, dass für die anderen Fehler der Erbe nur einzustehen hat, weil deswegen dem Vermächtnisnehmer der Eigentumsgenuss entzogen werden, mit einem Wort die vermachte Sache entwehrt werden kann.

Als weitere Belege für die Richtigkeit der herrschenden Meinung, dass der mit Leistung einer nur generisch bezeichneten Sache Beschwerte für Eviktion haftet, sind noch die l. 29 § 3 D. de leg. III.

> Si heres tibi, servo generaliter legato, Stichum tradiderit, isque a te evictus fuisset posse te ex testamento agere, Labeo scribit, quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis; et hoc rerum puto.

und ferner die l. 58 de evict. 21. 2.

> Heres servum non nominatim legatum tradidit, et de dolo repromisit, postea servus evictus est, agere cum herede legatarius ex testamento poterit, quamvis heres alienum esse servum ignoraverit.

anzuführen. Und diese in Verbindung mit l. 45 § 1 lassen doch wohl keinen weiteren Zweifel an der Richtigkeit der verteidigten herrschenden Ansicht.

Da die von Bekker gegebene Erklärung der l 45 D. de leg. I nicht gebilligt werden kann, ist somit auch sein Versuch, die Auslegung der l. 46 eod. seitens Koch als eine unrichtige darzustellen, als misslungen zu betrachten. Auch ihm steht schliesslich nur noch die Berufung auf die strikte Natur der Stipulation zur Seite. Aber in diesem Falle könnte man ihm doch vorhalten, dass er die Ansicht derer, welche sich hierauf berufen, selbst aufs entschiedenste bekämpft und

zugegeben hat, dass diese l. 46, falls man sich nicht der von ihm versuchten, aber m. E. nicht zu billigenden Auslegung der l. 45 D. de leg. I anschliesst, nur auf das Schenkungsversprechen passt. Und auch m. E. hat Koch mit seiner Auslegung der l. 46 D. de leg. I als der einzig sinngemässen Recht. Erklärt sich so einerseits der Gegensatz, in welchem die l. 46 doch dem Wortlaute nach zur l. 45 stehn soll, so lässt sich andererseits auch aus der Verwandtschaft der rechtlichen Natur der Schenkung und des Vermächtnisses erklären, warum sich diese Gesetzesbestimmung über Schenkungsstipulation im Digestentitel über die Vermächtnisse findet. Hier konnte aber nur von dem in Stipulationsform gekleideten Schenkungsversprechen, nicht von dem Schenkungsversprechen überhaupt, die Rede sein, weil zu des Pomponius, des Verfassers dieser Stelle, Zeiten nur dieses klagbar war. Das Erfordernis der Stipulationsform für das Schenkungsversprechen aber schliesst noch nicht die Notwendigkeit in sich, dass diese Stipulation, wenn es auch meistens der Fall sein wird, durchaus eine abstrakte sein muss. Und selbst wenn sie eine abstrakte, ist die causa stipulationis für die aus der Stipulation entspringenden Verpflichtungen keineswegs gleichgültig, zumal wenn sie eine causa donandi. Denn gerade in einem solchen Falle „zieht der Zweck eine eigentümliche Beurteilung nach sich“ [1]).

Die massgebenden Bestimmungen aber für die Beurteilung solcher Schenkungstipulationen wollte uns Pomponius in seiner l. 46 D. de leg. I an die Hand geben, welche, nachdem später durch Justinian auch das Schenkungsversprechen ohne Stipulationsform klagbar und somit sanktioniert worden, auch auf dieses aus-

1) Baron, VII. Auflage. S. 122.

zudehnen sind. Dies dürfte vielleicht eine Erklärung der l. 46 D. de leg. I sein, durch welche die Koch'sche Auffassung dieser l. 46 noch bestätigt wird.

Bestätigung der herrschenden Meinung durch die l. 35 l. de donat. VIII. 53.

Justinian hat durch die l. 35 l. de donat. 8. 53 dem Schenkungsversprechen die Klagbarkeit, die es früher nur hatte, wenn es in Stipulationsform eingekleidet war, ganz allgemein verliehen.

Der § 5 dieses C. 35 lautet:

„Six vero et hoc praeter missum sit et usum fructum minime detinuerit, nihilo minus ex lege nostra necessitatem ei imponi etiam tradere hoc quod donare existimavit ut non ex inutilis sit donatio, quod res non traditae sunt, nec confirmetur ex traditio ne donatio, sed liberalitatem plenam et secundum legem nostram perfectissimam constitutam necessarius traditionis effectus sequatur, et necessitatem habeat donator omnimodo res vel partem substantiae, quam nominaverit vel totam substantiam tradere . . . . .“

Der Schenker muss also sein Versprechen erfüllen, das Versprochene überliefern. Die Uebergabe aber soll nicht die Bedeutung einer Bestätigung der Schenkung haben, sondern soll als eine Wirkung der an sich bestehenden und gesetzlich als vollgültig bestätigten Freigebigkeit angesehen werden. Aber nur zum tradere ist der Schenker verpflichtet, denn nur auf dies geht die von Justinian in diesem § 5 gegebene Klage. Von einer Verpflichtung zum dare und somit von einer Eviktionshaftung ist in dieser Gesetzesbestimmung keine Rede. Diese Bestimmung wird denn

auch noch gegen die herrschende Meinung verwandt und als Beweis für die Nichthaftung des Schenkers für Eviktion angeführt. Aber dieser § 5 der l. 35 ist hier nur als solcher citiert worden ohne Rücksichtnahme auf seinen engeren Zusammenhang, auf den übrigen Inhalt der l. 35.

Nach dem Anfang dieser l. 35:

> Si quis argentum donaverit certumque pondus nominaverit, non autem vasa vel generaliter vel specialiter expresserit, necessitatem ei imponi omnimodo praefatum pondus argenti dare, sive in vasis quibus voluerit, non tamen peioribus aestimatione massae, sive in ipsa aestimatione, quae promassa rudi in illis locis frequentata est"

verpflichtet also das Versprechen der Schenkung einer nur generisch bestimmten Sache der Schenker zum „dare" und somit zur Eviktionshaftung. Dass es sich hier aber nur um eine Schenkung durch Versprechen, nicht durch Hingabe, handeln kann, ergiebt sich doch unzweifelhaft aus der Stelle selbst:

> „Si quis donaverit . . . . nominaverit . . . . . necessitatem ei imponi omnimodo praefatum pondus argenti dare".

Richtiger wäre es demgemäss allerdings gewesen, wenn hier statt des Wortes donare, welches, wie schon früher nachgewiesen worden, die technische Bezeichnung für die durch Hingabe vollzogene Schenkung ist, ein anderer Ausdruck gebraucht worden wäre. Ebenso ergiebt sich auch aus dem Wortlaute, dass diese Stelle nur von dem Schenkungsversprechen einer nur generisch bestimmten Sache handelt, heisst es doch ausdrücklich:

> Si quis argentum donaverit non autem vasa vel generaliter vel specialiter expresserit . . . . .

Blohm, ein schroffer Anhänger der Duaren'schen Ansicht, findet sich mit dem dare dieser l. 35 pr. l. de don. 8. 53 in folgender Weise ab. Aus den Worten in ipsa aestimatione, quae pro massa in illis locis frequentata, entnimmt er, dass der Schenker seine Verpflichtung erfüllt habe, wenn er den den versprochenen Pfünden Silbers entsprechenden Geldeswert hingegeben. Das Wort „hingeben" ist aber nun nichts weniger als deutlich. Es soll doch die Uebersetzung des „dare" sein, dass sich nach dem Wortlaut auch auf diesen Schlusssatz bezieht. Die Verpflichtung des „Hingeben" besteht also in diesem Falle in nichts anderem, als in der „Eigenthumsverschaffung", demnach der Schenker auch zur Haftung für Eviktion verpflichtet ist. Ausserdem soll nach seiner Meinung auch noch der Umstand, dass „das geprägte Geld sich im Gewichte nicht unerheblich von der massa rudis unterscheiden werde", gegen die Annahme, dass hier dare in seiner eigentlichen Bedeutung zu verstehen sei, sprechen. Die Worte necessitatem ei imponi omnimodo praefatum pondus argenti dare müssten lediglich ein dem pomphaften justianeischen Stile entsprechender wortreicher Ausdruck für den einfachen Gedanken sein, dass der Schenker soviel zahlen oder ausgeben muss, als er versprochen hat[1]).

Sollten dies wirklich stichhaltige Gründe sein? Der Gewichtsunterschied des geprägten Geldes von der massa rudis zunächst ist für den Beschenkten doch ganz gleichgültig. Erhält er doch genau den den versprochenen Pfunden entsprechenden Geldwert, wofür er sich die massa rudis, falls ihm diese zufällig wert-

1) Blohm, Eviktionsleistung bei Schenkungen und Vermächtnissen. S. 13. S. 14.

voller, als der baare Wert, leicht wird beschaffen können. Nein, für den Beschenkten liegt das Hauptinteresse darin, dass das, was er erhält, ihm verbleibe, also in dem „Dare". Und die Behauptung, dass dies nur „ein dem pomphaften justianeischen Stile entsprechender wortreicher Ausdruck" sein sollte, ist denn doch eine etwas sehr gewagte. Bei dem eminenten juristischen Unterschiede der Worte dare und tradere wäre doch ein solches Darüberhinwegsetzen, rein aus Stilrücksichten, kaum anzunehmen, zumal doch in dem § 5 derselben Stelle stets genau und präcise das Wort tradere gebraucht wird. Auf diesen letzteren Umstand hätte sich Blohm noch mit mehr Berechtigung berufen können. Aber würde er dies thun, so könnte ihm erwidert werden, dass in § 5 der l. 35 de don. 8: 53 nur von der Verpflichtung des Schenkers, sein Versprechen zu erfüllen, im allgemeinen die Rede. Da aber der Geschenkgegenstand nicht genauer bezeichnet werde, stehe der Annahme, dass hier von der Schenkung einer Species die Rede, nichts im Wege. Der Inhalt dieses § 5 der l. 35 beweist somit nicht das mindeste gegen die herrschende Meinung. Dagegen ist aber im principium dieser Stelle klar und deutlich ausgesprochen, dass bei dem Schenkungsversprechen einer nur generisch bestimmten Sache, von welchem diese l. 35 pr., wie schliesslich ja auch Bekker zugeben muss, doch nur handelt, der Schenker zum dare und somit zur Eviktionshaftung verpflichtet sei. Diese l. 35 pr. l. de donat 8. 53 ist somit ein weiterer schwerwiegender Beleg für die Richtigkeit der herrschenden Meinung.

Umfang der Eviktionsleistung beim Schenkungsversprechen einer nur generisch bestimmten Sache.

Es erübrigt noch, nachdem der Nachweis der Richtigkeit der herrschenden Meinung erbracht worden, die Frage zu erörtern, was unter der Eviktionshaftung beim Schenkungsversprechen einer nur generisch bezeichneten Sache zu verstehen ist.

Der Umfang dieser Eviktionsleistung ist ausserordentlich bestritten und die Ansichten der Anhänger der herrschenden Meinung über denselben sehr geteilt. Koch selbst hält den Schenker für verpflichtet, in einem solchen Falle eine andere Species des bezeichneten Genus zu leisten, da das ganze Genus in obligatione und nur das gerade Geleistete in solutione ist [1]). Dieser Ansicht haben sich auch die meisten Verteidiger der Koch'schen Meinung angeschlossen, so Baron, Puchta, Sintenis, Vaegerow u. a. m.

Bekker dagegen, der Gegner Kochs, giebt in den Fällen, wo er eine Eviktionsleistung annimmt, dem Beschenkten eine Forderung auf das Interesse [2]). Auch Windscheid, der sich in der Hauptsache Koch angeschlossen, weicht in diesem Punkte von ihm ab, indem er dem Beschenkten die Wahl zubilligen will, eine andere in dem Genus enthaltene Sache oder das Interesse zu verlangen [3]). Beide berufen sich für ihre Ansicht auf das Wesen der generischen Obligation überhaupt. Hierüber sind aber die Ansichten nicht minder geteilt und hier braucht darauf auch nicht näher eingegangen zu werden, da eine Forderung auf das

1) Glück XX. S. 248 u. fg.

2) Bekker, Jahrbuch des gem. deutsch. Rechts VI. S. 314 u. fg.

3) Windscheid II. § 366 Anm. 8.

Interesse ein für allemal kraft der allerdings nicht speciell für Eviktionsleistung getroffenen, aber doch hier möglichen gesetzlichen Bestimmungen ausgeschlossen ist „ne donator liberalitatis suae poenam patiatur“[1]). Und somit ist auch das Wahlrecht, welches Windscheid dem Beschenkten zubilligen will, für diesen ohne Wert, da er kraft dieser gesetzlichen Bestimmung in Wirklichkeit doch nur nochmalige Leistung beanspruchen kann. Eine Interesseforderung nämlich würde doch immer mehr als die einfache Sachleistung, welche der Schenker im Auge gehabt, umfassen, und er demgemäss einen Nachteil erleiden. Einen solchen würde er aber nicht erleiden bei der Annahme einer nochmaligen Leistung aus der in dem bezeichneten Genus enthaltenen Sachmenge. Eine Sache dieses Genus wollte ja der Schenker leisten und wird die Geleistete dem Beschenkten entzogen, so hat er seine Absicht nicht verwirklichen können, wird also eine andere in dem Genus enthaltene Sache leisten wollen.

In diesem Sinne, dem der nochmaligen Leistung, eine Ansicht, welche sich übrigens auch mit der Iherings von dem Wesen der generischen Obligation deckt[2]), ist es also nur zu verstehen, wenn früher von einer Verpflichtung zur Eviktionsleistung beim Schenkungsversprechen einer nur generisch bezeichneten Sache die Rede war.

1) L. 62 D. de aedilis. edict 21. 1.
2) Ihering. Jahrbücher für Dogmatik IV. S. 384.

Einige besondere Arten der Schenkung und ihr Verhältnis zur gewöhnlichen Schenkung hinsichtlich der Verpflichtung des Schenkers zur Eviktionsleistung.

Bei der remuneratorischen Schenkung zunächst war es sehr bestritten, ob für sie das gleiche zu gelten habe, wie für die gewöhnliche Schenkung. Eine Reihe von älteren Rechtslehrern[1]), welche die Ansicht Duarens und seiner Anhänger von der Freiheit des Schenkers von Eviktionsleistung bekämpften, gingen in ihren Gegenausführungen gerade von der Lehre der remuneratorischen Schenkung aus. Diese, sowie auch in neuerer Zeit Thibaut, waren der Meinung, dass unter den remuneratorischen Schenkungen, zumal sich für diese in den Quellen der Ausdruck merces[2]) finde, onerose Geschäfte zu verstehen seien und wollten demnach hier den Schenker für Eviktion voll haften lassen[3]). Eine Verpflichtung ad remunerandum und demgemäss auch eine Klage hierauf giebt es aber nicht, und der Schenker remunerandi causa ist und bleibt doch trotzdem Schenker, wie denn auch Savigny sagt: „wenn selbst eigennützige Zwecke das Wesen der Schenkung nicht ausschliessen, warum sollte gerade das Motiv der Dankbarkeit ihr im Wege stehen"[4]). Die Ansicht, dass die remuneratorische Schenkung mit der gewöhnlichen Schenkung gleichgestellt werden muss, besonders hinsichtlich der Frage der Eviktionshaftung ist denn auch heute von den Rechtslehrern in der Mehrzahl anerkannt worden. Und da sich in den Quellen keinerlei gegenteilige Bestimmungen über unsere Frage finden,

1) Siehe Glück. Bd. XX. S. 241. Anm. 37.
2) l. 19 § 1 u. l. 27 D. de don. 39.5.
3 Thibaut, civilistische Abhandlungen. S. 64.
4) Savigny, System des heutigen römischen R. IV. S. 89.

ist sie auch wohl kaum zu bestreiten. Denn aus der Bestimmung der l. 34 § 1 D. de donat. 39. 5, dass bei der remuneratorischen Schenkung wegen Rettung aus Lebensgefahr die donatio irrevocabilis sei, ganz allgemein eine von der gewöhnlichen Schenkung abweichende Beurteilung der remuneratorischen Schenkung herleiten zu wollen, ist doch wohl nicht angängig.

In der donatio sub modo sehen die älteren Juristen [1]) einen Innominatrealcontrakt ein oneroses Geschäft, und muss nach ihrer Meinung demgemäss der Schenker auch hier für Eviktion voll haften. Von den neueren Juristen ist aber dieser schroffe Standpunkt nicht beibehalten worden. Diese sehen in der donatio sub modo ein negotium mictum, dessen Bestandteile nach Savigny „Verpflichtung und Schenkung“ [2]). Soweit also Schenkung vorliegt, müssten demgemäss auch die für diese getroffenen Bestimmungen über Eviktionsleistung Platz greifen. Dem ist aber doch nicht ganz so. Geschieht die Eviktion bevor der Beschenkte seine Auflage erfüllt, so wird man diesem keinen Eviktionsanspruch zugestehen können, da ja die Schenkung aus dem Grunde, dass der modus nicht erfüllt ist, widerrufen werden konnte. Wenn aber die Entwehrung erst nach der Erfüllung der Auflage geschieht, so werden die Grundsätze über Eviktion, wie bei der gewöhnlichen Schenkung, Platz greifen müssen. Jedoch müssen diese auch hier eine Modifikation erfahren. Man muss dem Beschenkten, auch wenn eine Species sub modo geschenkt worden, bei Eviktion dieser einen Anspruch gegen den Schenker zugestehen. Zweifellos kann er die durch Erfüllung der Auflage dem Schenker

1) Glück, Bd. XX. S. 268.
2) Savigny, System des heut. röm. Rechts. IV. S. 280.

erwachsene Bereicherung mit der condictio ob causam datorum verlangen. Ja man könnte sogar daran denken, ihm einen Anspruch auf das „negative Vertragsinteresse" zuzubilligen. Ein Gedanke, welchen auch der Entwurf ausspricht [1]).

Zum Schlusse noch einige wenige Worte über die donatio mortis causa. Quodcunque igitur in legatis iuris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum heisst es in l. 37 D. 39. 6 und demgemäss wäre die donatio mortis causa erst im Zusammenhang mit den Vermächtnissen bezüglich der Frage der Eviktionshaftung zu besprechen. Diese Gleichstellung ist aber durchaus nicht in allen Beziehungen anerkannt worden. Die mortis causa donatio ist denn doch auch in der That keine Gabe aus der Erbschaft, wie das Vermächtnis, sondern vielmehr gerade, wie jede andere Schenkung, ein negotium inter vivos, mit dem einzigen Unterschiede, dass der entgiltige Bestand desselben sich erst mit dem Augenblicke ergiebt, in dem der Schenker, ohne widerrufen zu haben, vor dem Beschenkten stirbt. Es steht somit der Ausdehnung der über Eviktionshaftung bei der Schenkung festgestellten Grundsätze auch auf diese Art von Schenkung nichts im Wege.

II. Haftung für Eviktion bei Vermächtnis.

Gründe für eine getrennte Behandlung von Schenkung und Vermächtnis.

Die donatio mortis causa, welche soviele Berührungspunkte mit den Vermächtnissen hat, dass sie in der Hauptsache nach obigem Satze diesen gleich be-

1) Motive Bd. II. § 448.

handelt wird, führt als passender Uebergang zur Besprechung der Frage der Eviktionshaftung bei Vermächtnis.

Das Vermächtnis[1]) ist von der Schenkung, obwohl beides lukrative Rechtsgeschäfte, sehr verschieden. Während bei dem ersteren der Schenker selbst, welcher die Liberalität zu Gunsten des anderen vornimmt, der Verpflichtete, ist beim Vermächtnisse die Liberalität auf Seiten des Erblassers, Verpflichteter aber der Erbe. Dort wird der eigene, hier ein fremder Wille vollstreckt. Bei der Schenkung geboten es die Rücksichten der Billigkeit und die Pflicht der Dankbarkeit des Beschenkten auf den Schenker die weitgehendsten Rücksichten zu nehmen, nicht so beim Vermächtnisse. Hier ist für das Maass der Verpflichtung des Beschwerten nicht der eigene Wille, sondern der des Erblassers, einer fremden Person, das allein Entscheidende. Diesen in Zweifelsfällen aber festzustellen oder zu ergänzen, müsste auf die grössten Schwierigkeiten stossen, ja geradezu unmöglich sein. Deshalb musste hier das positive Recht mit seinen Vorschriften eingreifen, wie dies denn auch seitens des römischen Rechts, welches die genauen gesetzlichen Bestimmungen über die Haftung für Eviktion bei Vermächtnis getroffen, geschehen.

Da diese Gesetzesbestimmungen zum grössten Teile auch der Besprechung der Eviktionshaftung bei Schenkung zu Grunde gelegt worden, wird sich die Frage der Eviktionshaftung beim Vermächtnisse in Kürze behandeln lassen.

1) Von den Vermächtnissen ist hier, wie schon aus dem Worte „Vermächtnis" hervorgeht, nur nach ihrer im just. Recht vollzogenen Verschmelzung die Rede, weshalb hier auch auf die alten Legatsformen und die früheren Unterschiede von Legat und und Fideikommis nicht näher einzugehen ist

Scheidung zwischen dem Vermächtnisse einer nur generisch bestimmten Sache und dem einer Species.

Haftung für Eviktion beim Vermächtnisse einer nur generisch bestimmten Sache.

Der Besprechung der Eviktionshaftung bei Schenkung als auch insbesondere bei Vermächtnis ist die l. 45 D. de leg. I zu Grunde zu legen, in welcher diese Frage bei Genus- und Speciesvermächtnis getrennt behandelt wird. Diese Unterscheidung soll denn auch in dieser Besprechung festgehalten und demgemäss auch hier analog der Anordnung der Quellenstelle zunächst die Eviktionshaftung beim Vermächtnis einer nur generisch bestimmten Sache besprochen werden.

Auszugehen ist also hier zunächst von der l. 45 D. de leg. I und zwar für die Frage der Eviktionshaftung beim Vermächtnisse einer nur generisch bestimmten Sache von § 1 dieser. Der Versuch Bekkers diesen § 1 der l. 45:

> „Heres generaliter dare damnatus sanum eum esse promittere non debet, sed furtis ex noxiis solutum esse promittere debebit, quia ita dare debet, ut eum habere liceat, sanitas autem servi ad proprietatem eius nihil pertinet. Sed ob id, quod furtum fecit servus, aut nocam nocuit, evenit, quominus eum haberi domino liceat, sicuti ob id, quod obligatus est fundus, accidere possit, ut eum habere domino non liceat“

anders auszulegen, als Koch und die herrschende Meinung, ist schon bei der Schenkung besprochen und hierbei darauf hingewiesen worden, dass er mit seiner abweichenden Erklärung im Unrechte.

Auch eine andere noch nicht erwähnte von Bachofen[1]) versuchte Erklärung der l. 45, derzufolge hier nur von der Verpflichtung zur Kautionsbestellung, nicht von der Haftung für Eviktion, die Rede, ist nicht zu beweisen. Dieser Auffassung widerspricht vielmehr der § 2 der l. 45, in welchem doch von Kautionsbestellung gar keine Rede sein kann, aufs entschiedenste. Letzterer soll doch dem Wortlaute nach den Gegensatz zu § 1 bilden, steht also inhaltlich mit diesem im engsten Zusammenhang, sodass die Annahme, dass l. 45 von der Verpflichtung zur Kautionsbestellung handele gar keinen Sinn hat.

Die Auslegung der herrschenden Meinung, dass in l. 45 § 1 und § 2, indem Genus und Speciesvermächtnis einander gegenübergestellt werden, die Frage der Eviktionshaftung behandelt wird, ist die einzig zu billigende.

Was die Verpflichtung zur Kautionsbestellung angeht, so bestimmt hierüber allerdings die von Bachofen[2]) auch angeführte l. 71 § 1 D. de leg. I, dass beim Genusvermächtnisse Bestellung einer Kaution für Eviktion verlangt werden kann.

> De evictione an cavere debeat is, qui servum praestat ex causa legati, videamus: et regulariter dicendum est, quoties sine judicis praestita res legata evincitur, posse eam ex testamento peti; ceterum si judicio petita est, officioj udicis cautio necessaria est, ut sit ex stipulato actio.

Nach dieser Gesetzesbestimmung Ulpians ist der Beschwerte nur in dem Falle, dass er mit der actio ex testamento auf die Erfüllung des Vermächt-

1) Bachofen, das römische Pfandrecht. S. 130 u. fg.
2) Bachofen a. a. O.

nisses belangt worden, und somit nach dem Prozessrecht jener Zeit diese actio ex testamento konsumiert worden, vom Richter dazu anzuhalten, eine Kaution zu bestellen und zwar in Stipulationsform, damit der Vermächtnisnehmer noch mit der actio ex stipulata seine gerechten Ansprüche geltend zu machen und siegreich durchzuführen im Stande ist[1]). Wird die vermachte Sache andererseits freiwillig, ohne dass es zum Prozess kommt, geleistet, so ist für den Vermächtnisnehmer die Bestellung einer Kaution überflüssig, da ihm quia non videtur heres dedisse, qui ita dederat ut habere legatarius non possit, die actio ex testamento zur Geltendmachung seiner Ansprüche zusteht.

Die Auffassung, dass diese l. 71 § 1 D. de leg I vom Genusvermächtnisse handelt, ist aber durchaus nicht allgemein anerkannt, sie soll sich vielmehr nach anderer Ansicht nach den Worten „praestita res legata" gerade auf das Vermächtnis einer Species beziehen[2]). Sprechen diese Worte aber wirklich gegen die Auffassung, dass hier vom Genussvermächtnisse die Rede? Die Worte „qui servum praestat ex causa legati" sprechen doch vielmehr gerade für diese Meinung. Bei der ausserordentlich feinen Unterscheidung der Juristen in ihren Ausdrücken würde es andernfalls, wie auch sonst in diesem Digestentitel, wenn vom Speciesvermächtnisse die Rede, hier . . . „qui Stichum praestat" . . . . . oder „qui certum servum praestat" . . . . . heissen. Ebenso lassen sich auch die Worte „praestita res legata" als mit der Auffassung, dass diese Stelle

1) Glück, Bd. XLVI. S. 170. 171.

2) Magnus, De evictione in legatis. S. 30. Arndts bei Glück 46 S. 171. 172.

nur vom Genussvermächtnisse handelt, vereinbaren und stehen nicht im Widerspruch mit dieser. Die nur generisch bezeichnet vermachte Sache wird durch die Hingabe notwendigerweise immer specialisiert. Es ist zwar nur eine Sache aus dem Genus vermacht, hingegeben wird aber eine speciell bestimmte, nämlich die gewählte, die „praestita res legata". Die Auffassung, dass in dieser Stelle nur von der Verpflichtung zur Kautionsbestellung beim Genussvermächtnisse die Rede, ergiebt sich auch daraus, dass eben nur bei diesem für Eviktion gehaftet und zudem, eine Kautionsbestellung beim Speciesvermächtnisse auch noch nach l. 56 D. de leg. I wirkungslos.

Die Haftung für Eviktion beim Vermächtnis einer nur generisch bezeichneten Sache ergiebt sich aber ganz unwiderleglich aus l. 29 § 3 D. de leg. III.;

> „Si heres tibi servo generaliter legato, Stichum tradiderit, isque a te evictus fuisset, posse te ex testamento agere, Labeo scribit, quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis; et hoc verum puto."

und aus l. 58 D. de evict. 21, 2:

> „Heres servum non nominatim legatum tradidit, et de dolo repromisit, postea servus evictus est; agere cum herede legatarius ex testamento poterit, quamvis heres alienum esse servum ignoraverit."

Umfang der Eviktionsleistung beim Vermächtnisse einer nur generisch bestimmten Sache.

Die Eviktionshaftung beim Genussvermächtnisse ist denn auch, abgesehen von der zurückzuweisenden Auffassung Bekkers, welcher sich über den Unterschied zwischen Species- und Genussvermächtnis überhaupt hinwegsetzt, nicht bestritten worden, wohl aber

der Umfang dieser Eviktionsleistung. Und es kann nicht geleugnet werden, dass bei dem gänzlichen Schweigen der Quellen über diese Frage hier die Meinungen, dass der Vermächtnisnehmer stets eine Forderung auf das Interesse oder aber die Wahl habe zwischen nochmaliger Leistung einer in dem bezeichneten Genus enthaltenen Sache und einer Forderung auf das Interesse weit eher begründet erscheinen, als bei der Schenkung. Demnach wird man aber auch hier sich dafür entscheiden müssen, dass in gleicher Weise, wie bei der Schenkung, nicht die eigentliche Eviktionsleistung, sondern Leistung einer anderen in dem bezeichneten Genus enthaltenen Sache dem Verpflichteten obliegt[1]). Allerdings wurde bei der Schenkung diese Auffassung noch durch die gesetzliche Bestimmung über die begünstigte Stellung des Schenkers „ne donator liberalitatis suae poenam patiatur" bestätigt, während hier das Gesetz keinerlei Bestimmungen trifft. Das allein Massgebende muss deshalb hier einzig und allein der Wille des Erlassers sein. Die Absicht dieses ging darauf dem Vermächtnisnehmer irgend eine Sache aus dem bezeichneten Genus zu verschaffen, weshalb er dem Beschwerten den diesbezüglichen Auftrag erteilte. Wird daher die von diesem dem Vermächtnisnehmer geleistete Sache evinciert, so ist der von ihm erteilte Auftrag gar nicht erfüllt worden, und, um ihn zu er-

1) Arndts u. Glück XLVI, S. 176: Unzweifelhaft richtig ist es, was Vangerow a. a. O. bezüglich des Schenkungsversprechens wie des Vermächtnisses einer nach der Gattung bestimmten Sache bemerkt, dass die Haftung wegen Eviktion der gegebenen Sache, sofern eine solche anzuerkennen ist, nicht die eigentliche Eviktionsverbindlichkeit zur Leistung des vollen id quod interest, dass vielmehr die vorige Leistung als nicht geschehen anzusehen und nun statt der evincierten eine andere Sache der Gattung zu geben ist, um die ursprüngliche obligatio wirklich zu erfüllen.

füllen, muss der Beschwerte eine andere in dem Genus enthaltene Sache liefern. Diese Auffassung von der Eviktionsleistung beim Genusvermächtnisse lässt sich, wie schon bei der Schenkung bezüglich dieser hervorgehoben, auch mit der von dem Wesen der generischen Obligation überhaupt vereinbaren.

Freiheit des Erben von der Haftung für Eviktion beim Speciesvermächtnisse.

Nicht so unbestritten, wie beim Genusvermächtnisse ist es dagegen, ob beim Speciesvermächtnisse Eviktionshaftung anzunehmen oder nicht. Durch argumentum a contrario aus l. 29 D. de leg. III und l. 58 D. de evict. 21. 2 schliessen zu wollen, dass beim Speciesvermächtnisse keine Eviktionshaftung anzunehmen, ist nicht zu billigen, vielmehr müssen für diese Ansicht Quellenbelege erbracht werden.

Der ganze Meinungsstreit über die Frage der Eviktionshaftung beim Speciesvermächtnisse hat aber hauptsächlich darin seinen Grund, dass die meisten Juristen den Unterschied darin sehen, ob der Erblasser gewusst hatte, dass die vermachte Species eine fremde oder nicht. Im ersteren Falle sollte der Erbe für Eviktion einstehen, im letzteren in der Regel nicht. Hierbei wird aber übersehen, dass in dem Falle, wo der Erblasser gewusst, dass die vermachte Sache eine fremde, es sich doch nicht um die Frage der Haftung für Eviktion, sondern vielmehr um die Verpflichtung des Erben, diese fremde zur Erbschaft garnicht gehörige Sache dem Bedachten zu verschaffen, handelt.

> „Constat, etiam res alienas legari posse, utique si parari possint, etiamsi difficilis earum paratio est“.

(l. 39 § 7 D. de leg. I).

Aber schliesslich ist das doch nicht dieselbe Verbindlichkeit wie die der Eviktionshaftung. Von der Eviktion kann doch überhaupt nur die Rede sein, wenn eine vom Erblasser für die seinige gehaltene fremde Sache dem Vermächtnisnehmer, nachdem er sie vom Erben erhalten, entwehrt wird. Die Meinung, dass es auf die Kenntnis des Erblassers ankomme, stützt sich in erster Linie auf l. 10 l. de leg. 6. 37.

> Cum alienam rem quis reliquerit, si quidem sciens, tam ex legato quam ex fideicommisso ab eo qui legatum seu fideicommissum meruit peti potest quod si suam esse putavit, non aliter volet relictum, nisi proximae personae vel uxori vel alii tali personae datum sit, qui legatarius esset, et si scisset rem alienam esse".

Der Bedachte erhält durch diese Gesetzesbestimmung die Berechtigung, zu verlangen, dass, wenn der Erblasser wusste, dass die vermachte Sache nicht die Seinige, ihm diese verschafft werde. Diese Berechtigung hat er aber nach derselben Gesetzesbestimmung nicht, wenn der Erblasser keine Kenntnis davon hatte, dass die vermachte Sache eine fremde. Von der hiervon abweichenden Bestimmung zu Gunsten naheverwandter und diesen gleichstehenden Personen kann als einer Ausnahme abgesehen werden. Durch den sich in demselben Sinne sogar noch schroffer aussprechenden § 4 l. II 20 J. de leg:

> Non solum autem testatoris vel heridis res, sed etiam aliena legari potest, ita, ut heres cogatur redimere eam et praestare, vel, si non potest redimere, aestimationem eius dare. Quod autem diximus alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat, alienam rem esse,

non si ignorabat: forsitan enim, si scisset alienam, von legasset; et ita divus Pius rescripsit"

wird denn auch die Nichthaftung des Erben für Eviktion einer vom Erblasser vermachten unwissentlich fremden Sache noch bestätigt. Denn da nach diesem § 4 I. II 20 J. der Erbe nicht einmal dazu verpflichtet ist, die vermachte Sache dem Vermächtnisnehmer zu verschaffen, ist er doch noch weniger dazu verpflichtet, sie ihm dauernd zu verschaffen.

Bekker seinerseits will bezüglich der Frage der Eviktionshaftung überhaupt keinen Unterschied zwischen Genus und Speciesvermächtnis machen. Er ist vielmehr der Ansicht, „dass überall, wo der Belastete das Legat einer fremden oder verpfändeten Sache zu prästieren schuldig ist, er auch für die Eviktion zu haften hat; m. a. W. dass nichts darauf ankommt, ob die Rechte dritter an der legierten Sache vor oder nach der Tradition derselben an den Vermächtnisnehmer hervortreten"[1]). Bekker vermischt also geradezu die Frage der Eviktionshaftung mit der der Verpflichtung des Erben, die vermachte Sache zu verschaffen, zwei zwar eng zusammenhängende aber doch nicht gleichartige Verbindlichkeiten. Zudem lässt sich diese Ansicht Bekkers überhaupt nicht durchführen, da beim Genusvermächtnisse doch unzweifelhaft stets Eviktionsleistung verlangt werden kann. Hat der Erblasser eine nur generisch bezeichnete Sache vermacht, so weiss er doch gar nicht, welche Sache aus dem bezeichneten Genus geleistet wird, kann also auch keine Kenntnis davon haben, ob die gerade geleistete Sache eine ihm gehörige oder fremde. Nehmen wir zum Beispiel an,

1) Bekker, Jahrbuch des gemeinen Rechts VI. S. 253.

der Erblasser habe dem Vermächtnisnehmer, welcher, um gar keinen Zweifel übrig zu lassen, keine von den in c. 10 l. de leg. 6. 37 ausgenommenen Personen sein soll, eins von seinen Pferden vermacht. Der Hengst „Emir", von welchem der Erblasser nicht anders gewusst, als dass er sein Eigenthum, werde dem Vermächtnisnehmer geliefert, ihm aber von einem Dritten, dem wirklichen Eigentümer, evinciert. Mit vollem Rechte wird man hier sagen, wenn der Erblasser eins von seinen Pferden vermacht hat, so kann das Vermächtnis natürlich nicht erfüllt werden durch Leistung eines Pferdes, welches gar nicht Eigentum des Erblassers ist. Auf Grund der c. 10 C. de leg. 6. 37 wäre aber der Erbe in einem solchen Falle nicht verpflichtet, die vermachte Sache zu verschaffen, und somit wäre er nach Bekker[1]) auch nicht verpflichtet, für Eviktion einzustehen. Dem widersprechen aber denn doch abgesehen von Vernunftgründen auch die schon bei der Besprechung der Eviktionshaftung beim Vermächtnisse einer nur gegnerisch bestimmten Sache angeführten Gesetzesbestimmungen die l. 29 § 3 D. de leg. III und l. 58 D. de evict. 21. 2 auf das allerentschiedenste. Bekker giebt somit dadurch, dass er den Unterschied zwischen Genus- und Speciesvermächtnis fallen lässt, selbst der von ihm aufgestellten Meinung den Todesstoss.

Im Gegensatz zu Bekker wird vielmehr die Frage der Eviktionshaftung beim Speciesvermächtnisse eine Frage, welche doch immerhin eine ganz andere ist, als

1) Bekker sagt a. a. o. S. 253: „Ueberall, wo der Belastete das Legat einer fremden oder verpfändeten Sache zu prästiren schuldig ist, hat er auch für die Eviktion zu haften".

die, ob und wann der Erbe verpflichtet ist, dem Vermächtnisnehmer die vermachte Sache zu verschaffen, streng für sich behandelt werden müssen. Für den Beweis der Richtigkeit der verteidigten Ansicht der Nichthaftung für Eviktion beim Speciesvermächtnisse wird es jedoch erforderlich sein, auch auf die Quellenstellen, auf welche Bekker seine Meinung stützt, näher einzugehn uns zu zeigen, dass auch durch sie die verteidigte Ansicht der Nichthaftung für Eviktion nicht entkräftigt wird. Neben der schon citierten l. 10 C. de leg. 6. 37 begründet er seine Meinung insbesondere durch l. 59 D. de evict. 21. 2 und l. 40 eod.

L. 59 D. de evict. 21. 2 zunächst lautet:

„Si res, quam a Titio emi, legata sit a me, non potest legatarius conventus a domino rei venditori meo denuntiare, nisi cesrae ei fuerint actiones, vel quodam casu hypothecas habet".

Die Behauptung Bekkers, dass hier von einem Speciesvermächtnisse die Rede, kann und soll nicht bestritten werden, das geht deutlich aus dem Wortlaute hervor. Nach seiner Ansicht wäre diese Quellenentscheidung sinnlos, wenn in solchem Falle der Legatar überall keinen Anspruch auf Eviktionsleistung gehabt hätte: nur wieder den, von dem der Erbe gekauft hat, also wieder den auctor auctoris, soll der Bedachte, abgesehen von Ausnahmen, nicht vorgehn können".[1]) Liesse sich aber diese Bestimmung, in welcher Bekker eine Ausnahme von der Regel sieht, nicht noch viel eher als eine Bestätigung der hier verteidigten Meinung, welche beim Speciesvermächtnisse überhaupt keine Eviktionshaftung annimmt, auffassen? Der Bedachte, welcher keinen Eviktionsan-

1) Bekker a. a. O. S. 264.

spruch an den Belasteten geltend machen kann, kann dies doch noch um so weniger an dessen Vormann. Aber wozu denn diese Erörterung? Diese Stelle handelt doch überhaupt nicht von der Eviktionsverpflichtung für eine vom Erblasser bona fide vermachte fremde und vom Erben übergebene Sache. Hier ist vielmehr, da der Erblasser in diesem Falle ganz genau wusste, dass die vermachte Sache eine fremde, von der Verpflichtung des Belasteten diese fremde Sache dem Vermächtnisnehmer zu verschaffen und zwar indem hier die Befreiung des Erben von der Verpflichtung, mit der Sache auch die Kaufklagen zu cedieren, besonders bestimmt wird, speciell von dem Umfange dieser Verpflichtung die Rede. Die Cession der Kaufklagen wäre für den Legatar aber andererseits von der grössten Wichtigkeit, da er nach dieser Gesetzesbestimmung nur infolge dieser, von dem Ausnahmefall, dass er zufällig selbst Hypothekargläubiger, abgesehen, dem Verkäufer den Streit verkünden könnte. Diese l. 59 D. de evict. 21. 2 beweist demnach nichts gegen die Ansicht, dass beim Speciesvermächtnisse keine Eviktionshaftung anzunehmen.

Ein weiterer Beleg seiner Ansicht soll nach Bekker die l. 40 D. evict. 21. 2 sein.

> Si is, qui satis a me de evictione accepit fundum a me herede legaverit, confestim fideiiussores liberabuntur, quia etiamsi evictus fuerit, ab eo, cui legatus fuerat, nulla adversus fideiiussores actio est".

Hier handelt es sich allerdings um das Vermächtnis einer eigenen Sache seitens des Erblassers. Aber was besagt denn diese Stelle gegen die verteidigte Ansicht. Die Bürgen haben sich doch nur dem Erblas-

ser für eine Schuld des Erben verbürgt, nicht dem Vermächtnisnehmer.

Mit dem Erbschaftsantritt confundiert die Forderung des Erblassers gegen den Erben und mit dem Erlöschen der Hauptschuld erlischt auch die Verpflichtung der Bürgen und dies zumal da der Vermächtnisnehmer doch auch nach der verteidigten Meinung keinen Anspruch gegen den Erben hat. Deswegen ist diese Stelle aber doch noch nicht, auch wenn die verteidigte Ansicht die richtige, wie Bekker für diesen Fall will, für überflüssig zu erklären, sie könnte vielmehr noch als eine Schlussfolgerung des aufgestellten Princips der Nichthaftung angesehen werden. Jedenfalls ist sie aber kein schlagender unwiderleglicher Beweis für die der hier verteidigten entgegengesetzte Ansicht.

Haben somit die Gegner der verteidigten Ansicht keinen unwiderleglichen Beweis für sich, so wird andererseits für diese durch die Quellen der Beweis der Richtigkeit erbracht. Die l. 67 § 8 handelt, um dies auch noch kurz zu erwähnen, nur von der Verpflichtung, die vermachte Sache zu verschaffen und enthält die Ausnahme, dass auch dann, wenn der Erblasser unwissentlich eine fremde Sache vermacht, der Erbe sie, falls sie seine eigene sei, leisten müsse. Dagegen handelt aber die l. 77 § 8 D. de leg II von der Frage der Haftung für Eviktion beim Speciesvermächtnisse und erklärt ausdrücklich den Belasteten für frei von dieser

> „Evictis praediis, quae pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliquit, nulla cum fratribus et coheredibus actio erit".

Eine Ausnahme greift nach dem zweiten Satze dieser Gesetzesbestimmung nur dann Platz, wenn der

Vater eine Teilung seines Vermögens unter seine Kinder vorgenommen:

„si tamen inter filios divisionem fecit, arbiter coniectura voluntatis non patietur, eum partes coheredibus praelegatas restituere, nisi parati fuerint et ipsi patris judicium fratri conservare".

Diese ergiebt sich aber eigentlich mit Notwendigkeit aus Billigkeitsgründen. Denn hier, wo sämmtliche Geschwister Prälegate hatten, dem Sohne keinen Eviktionsanspruch zu geben, würde unbillig sein und auch wohl kaum in dem Willen des Testators, welcher doch sicherlich dieses Kind den anderen gegenüber nicht benachteiligen wollte, gelegen haben. Zudem wird diesem, wie auch Bekker hervorhebt, keine Klage, sondern wie dieser sich ausdrückt, nur eine Art von Compensationsrecht [1]) gegeben. Und schliesslich regelt dieser zweite Satz der l. 77 § 8 denn doch auch nur einen Ausnahmefall, während im ersten Satze ausdrücklich als Regel die Freiheit von der Eviktionshaftung aufgestellt wird.

Könnte aber auch dieser erste Teil der l. 77 § 8 zumal aus ihm nicht klar ersichtlich, ob die Eviktion vor oder nach der Erbteilung erfolgte, noch Zweifel an der Richtigkeit der verteidigten Meinung lassen, so werden diese durch die l. 45 § 2 de leg. I und l. 56 eod. völlig gehoben. Die klare Bestimmung dieser l. 45 § 2 D. de leg. I

„Si vero certus homo legatus est, talis dari debet, qualis est,

ist denn auch die für die Beantwortung der ganzen Streitfrage und den Nachweis der Richtigkeit der in dieser Bearbeitung verteidigten Ansicht der Freiheit

1) Bekker a. a. O. S. 256.

von der Haftung für Eviktion ausschlaggebende. Die Ansichten derer, welche bestreiten, dass diese Stelle von der Frage der Eviktionshaftung beim Speciesvermächtnisse handele, sind bereits früher zurückgewiesen worden. Und ebenso ist bereits nachgewiesen worden, dass das „dare" hier nicht in seiner technischen Bedeutung, sondern vielmehr in der des „praestare" aufzufassen. Dieser letztere Nachweis aber ist durch die l. 56 D. de leg. I, welche ebenfalls ausdrücklich die verteidigte Ansicht der Nichthaftung beim Speciesvermächtnisse ausspricht erbracht worden.

„Si legati servi nomine stipuletur legatarius, fugitivum eum non esse praestari, nihil veniet in eam stipulationem, quia qualis sit, talis et testamento praestari debet; nec ullum in legato damnum facere intelligeretur".

Mit vollem Rechte wird man also von dem Vermächtnisse einer speciell bestimmten Sache, indem hier von der technischen Bedeutung des gewählten Wortes dare abzusehen ist, nach der l. 45 § 2 D. de leg. I den Grundsatz aufstellen können;

„Res legata talis dari debet, qualis relicta est".

Freiheit der Erben von der Haftung für auf der vermachten Sache liegende Belastungen.

Die Haftung des Erben für auf der vermachten Sache liegende Belastungen ist, soweit solche in Betracht kommen, derentwegen die vermachte Sache evinciert werden könnte, auch nach den Regeln über die Haftung für Eviktion zu beurteilen.

Aber auch für andere Belastungen ist der Erbe nach dem Grundsatze „Res legata talis dari debet, qualis relicta est" nicht haftbar.

Bezüglich der Servituten ist dies in l. 69 § 3 D. de leg. I

„Si fundus, qui legatus est, servitutem debeat impositam, qualis est, dari debet“

ausdrücklich ausgesprochen. Nur wenn, wie es weiter heisst:

Quodsi ita legatus sit, uti optimus maximusque, liber praestandus est“,

also nur kraft ausdrücklicher Bestimmung —, in einem Ausnahmefalle, — ist der Erbe zur Ablösung der Grunddienstbarkeiten verpflichtet.

Ja diese Freiheit von der Verpflichtung, die Grunddienstbarkeiten abzulösen, war soweit ausgedehnt, dass nicht einmal, wenn der Erbe selbst der Servitutberechtigte ist, er die vermachte Sache frei von der Belastung dem Bedachten zu übergeben braucht.

„Nam etsi fundus, qui meo fundo serviebat, tibi legatus fuerit, non aliter a me tibi praestari debeat, quam ut pristinam servitutem recipiam“. (L. 70 § 1 D. de leg. I)

Bezüglich anderer Belastungen gilt nach einer Reihe von Quellenstellen desselben Digestentitels (de leg. I) dasselbe, wie bei Servituten.

Eine Ausnahme macht hier nur der Niessbrauch. Die hiervon handelnde l. 66 § 6 D. de leg. II aber richtig zu erklären dürfte, wie auch Bekker[1]) zugiebt, kaum möglich sein. Den Grund der Verpflichtung dem Vermächtnisnehmer den Niesbrauch der doch an sich ein Recht, kein Teil der Sache, zu verschaffen, sieht das Gesetz darin, dass der Niessbrauch den Vorteil der vermachten Sache ausmache. Zur Erklärung dieser Verpflichtung beruft sich die Gesetzesstelle auf die

1) Bekker a. a. O. S 260.

ähnlichen Bestimmungen über Pfandrechte. Aus einer Vergleichung des Niessbrauches mit Pfandrechten[1]) ergiebt sich aber durchaus keine Erklärung dieser Gesetzesbestimmung. Das Vermächtnis einer verpfändeten Sache ist, da auf Grund der Pfandforderungen die Sache dem Vermächtnisnehmer entzogen werden könnte

„ob id, quod obligatus est fundus, accidere possit, ut eum habere domino non liceat“[2])

zudem die über Eviktion handelnden Gesetzesbestimmungen ganz allgemein von dieser, gleichviel ob sie durch Vindication oder Serviana geschehn, sprechen“[3]), gleich dem einer fremden Sache zu behandeln. In einer Reihe von Gesetzesbestimmungen[4]) wird denn auch bestätigt, dass, analog der Behandlung des Vermächtnisses einer fremden Sache, der Erbe, wenn der Erblasser Kenntnis von der Verpfändung hatte, wie dort die vermachte Sache verschaffen, so hier die Pfandforderungen ablösen musste. Dies gilt aber doch nur von Pfandrechten und aus dieser l. 66 § 6 ist zudem gar nicht ersichtlich, ob hier der Erblasser Kenntnis von dem Bestehn des Niessbrauchs hatte, wie dies allerdings in l. 26 D. de leg. II und l. 76 § 2 D. eod, wo der Niessbrauch dem Erben selbst zusteht, der Fall sein musste.

Sollte aber etwa nach dieser l. 66 § 6 der Erbe gleichviel, ob der Erblasser Kenntnis von dem Bestehn des Niessbrauchs hatte oder nicht stets verpflichtet sein, den Niessbrauchs abzulösen? Dies wäre doch eine Schlussfolgerung, welche selbst Bekker als eine zu gewagte erscheint, da wie er sagt „leicht Fälle denk-

1) siehe l. 66 § 6 D. de leg. II.

2) l. 45 § 1 D. de leg. I.

3) Bachofen 7, das römische Pfandrecht S. 131.

4) § 5 J. de leg. II 20 C. 6 C. de fideis 642 u. a. m.

bar seien, wo dies dem zweifellosen aber doch nicht ausdrücklich kundgegebenen Willen des Testators widersprechen müsste“ [1]).

Diese Ausnahmestellung des Niesbrauches, welche zudem in der Quellenstelle selbst „non idem placuit de ceteris servitutibus“ hervorgehoben wird, zufriedenstellend zu erklären, dürfte also, da die Quellen keine weitere Begründung geben wahrscheinlich unmöglich, zum mindesten aber mit den grössten Schwierigkeiten verbunden sein. Zudem beweist diese vom Gesetze selbst als solche bezeichnete Ausnahme, da Ausnahmen doch nur die Regel bestätigen, nichts gegen den auch bezüglich der Frage der Haftung des Erben für auf der vermachten Sache liegende Belastungen verteidigten Grundsatz:

„Res legata talis dari debet, qualis relicta est“.

1) Bekker a. a. O. S. 261.

Schluss:

Stellung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches zur Frage der Haftung für Eviktion bei Schenkung und Vermächtnis.

Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches I Lesung gelangte bezüglich der Schenkung auch zu demselben Resultate, wie Koch und seine Anhänger. Paragraph 443 sah eine Haftung für Eviktion nur bei dem Schenkungsversprechen eines nur der Gattung nach bestimmten Gegenstandes vor.

„Im Falle des Schenkungsversprechens, welches auf einen nur der Gattung nach bestimmten Gegenstand gerichtet ist, entspricht die Gewährleistungspflicht der regelmässigen Intention der Parteien“ [1]).

Der Entwurf I. Lesung stellte sich also auf den Standpunkt, dass in einem solchen Falle die Haftung für Eviktion auch dem Willen des Schenkers entspreche.

Einen ganz anderen Standpunkt nimmt dagegen der Entwurf zweiter Lesung ein. Man lies den § 443 und mit ihm sowohl die Unterscheidung zwischen Genus- und Speciesschenkung, als auch die zwischen donatio dando und donatio obligando fallen. In dem in zweiter Lesung an die Stelle des § 443 erster Lesung getretenen § 470 wird nur noch ein einziger Unterschied gemacht und zwar zwischen der Schenkung eigener oder demnächst noch zu erwerbender Gegenstände. Und hinsichtlich dieser besteht der Unterschied bezüglich der Haftung darin, dass im ersteren Falle der Schenker nur für arglistiges Verschweigen, und zwar auf das „negative Vertragsinteresse“ haftet, während bei dem Schenkungsversprechen eines Gegenstandes, den der Schenker noch erwerben soll, wegen eines Mangels im Recht der Beschenkte „Schadenersatz wegen Nichter-

1) Motive, Bd. II S. 296.

füllung“ verlangen kann, wenn der Mangel dem Schenker bei dem Erwerb der Sache bekannt gewesen oder in Folge grober Nachlässigkeit unbekannt geblieben ist“[1]). Durch diese Abänderung, welche sich direkt für keine der drei Meinungen über die Haftung für Eviktion bei der Schenkung entscheidet ist die Streitfrage ebensowenig, wie bisher, in zufriedenstellender Weise gelöst worden. Der § 470 erfordert, um eine Haftung annehmen zu können im ersten Fall, dass dolus vorliegt und im zweiten Fall wird zur Haftung ebenfalls ein doloses oder schwer culposes Verhalten des Schenkers verlangt. Für den Fall, dass den Schenker weder dolus noch culpa lata trifft, ist er demnach nach § 470 gleichviel, welche Art von Schenkung vorliegt frei von jeder Haftung. Der Entwurf hat sich somit in zweiter Lesung indirekt auf den Standpunkt derer gestellt, welche abgesehn von dolus und besonderer Uebernahme der Haftung, — dass im zweiten Falle des § 470 II Lesung auch für culpa lata gehaftet wird, kommt wohl kaum in Betracht —, den Schenker frei von jeglicher Haftung erklären.

Gerade die Verfechter dieser Meinung, denen der Entwurf in seiner zweiten Lesung Recht gegeben, sind es aber auch gewesen, die den § 443 erster Lesung aufs entschiedenste bekämpft und die nach ihrer Meinung in dieser Gesetzesbestimmung liegende Ungerechtigkeit ins Gefecht geführt haben.

So sagt Dernburg, welcher auch Gegner der verteidigten Ansicht bei Gelegenheit der Besprechung dieser: „Wer z. B. ein Reitpferd schenkungsweise verspricht, ein solches Pferd bona fida kauft und dem Beschenkten überliefert, wird hart durch Verurteilung,

1) Text des § 470 II Lesung.

zur Lieferung eines anderen Pferdes oder Interessevergütung betroffen, wenn jenes Pferd unglücklicherweise einen Dritten gehörte, welcher es evinciert. Er wird sich darauf berufen, dass Geschenkgeber nur für dolus und culpa lata haften, dass sie präsumptiv auch nicht beabsichtigen, sich in schwerer Weise zu belasten. Er wird seine Verurteilung vollends unbegreiflich finden, wenn er hört, dass er zu absolvieren wäre, wenn er das Pferd zuerst gekauft und dann geschenkt hätte“ [1]).

Aber der Schenker ist doch in einem solchen Falle nicht gar so schlimm dran, er hat das evincierte Pferd bona fide gekauft und kann demgemäss den Verkäufer bei Eviktion als Regresspflichtigen belangen. Er wird also, von dem Ausnahmefall der Zahlungsunfähigkeit dieses oder anderer nicht gewöhnlicher Umstände abgesehn, durch seine Freigebigkeit keinen Schaden erleiden.

Das Beispiel Dernburgs ist also zur Begründung seiner Ansicht von der Nichthaftung nicht gerade passend gewählt. Er weist uns durch dasselbe aber auf eine andere Frage hin. Nämlich die, ob der Beschenkte, welchem die geschenkte Sache evinciert worden, während der Schenker seinerseits die Möglichkeit hat, sich an einem Dritten Regresspflichtigen zu halten, Ansprüche aus der Schenkung an den Schenker auf Cedierung dieser Regressansprüche hat? Auch bei dieser Frage wird man die Unterscheidung zwischen Species- und Genusschenkung am besten festhalten. Nur wird man hier auch bei der Speciesschenkung aus Billigkeitsgründen dem Schenker die Pflicht auferlegen, dem Beschenkten den einfachen Sachwert zu ersetzen. Was er von dem Regresspflichtigen mehr erhält, lu-

---

1) Dernburg, Pandekte II § 107 Anm. 5.

kriert er, denn, „den von der Sache gezogenen Gewinn braucht er nicht mit herauszugeben“[1]). Bei der Schenkung einer nur gegnerisch bestimmten Sache ist es aber nach der in dieser Arbeit verteidigten Ansicht ganz gleichgültig, ob der Schenker seinerseits an einem Dritten Regressansprüche hat oder nicht, da er doch in jedem Fall einen anderen Gegenstand des bezeichneten Genus leisten mus. Nur wenn ihm dieswegen Erschöpfung des Genus nicht möglich sein sollte, wird man ihm, wenn er seinerseits Regressansprüche hat, während er im gewöhnlichen dann jeder Verpflichtung frei sein würde, auferlegen, dem Beschenkten den einfachen Sachwert zu ersetzen.

In der Frage der Haftung für Eviktion bei Vermächtnis stellt sich der Entwurf I Lesung[2]) vollständig auf den in dieser Arbeit verteidigten Standpunkt. Auch er will die Frage der Haftung für Eviktion von der der Verpflichtung der Erben, die vermachte Sache zu verschaffen, scharf geschieden wissen. Haftung für Eviktion nimmt er nur beim Vermächtnisse einer nur der Gattung nach bestimmten Sache an und verweigert eine solche beim Vermächtnisse einer Species.

---

1) Windscheid II B. § 366. No. 23.

2) Motive Bd. 5 S. 196, 197.

Lebenslauf.

Geboren wurde ich Rudolf Metz, Sohn des verstorbenen Kaufmanns Heinrich Metz und seiner gleichfalls verstorbenen Ehefrau Johanna, geborene Michaelis, am 1. November 1871 zu Köln a. Rh.

Zunächst besuchte ich drei Jahre die Elementarschule und sodann das Königliche katholische Gymnasium „an Marzellen", auf welchem ich Ostern 1891 das Zeugnis der Reife erhielt. Das Sommersemester 1891 studierte ich auf der Universität Freiburg i B., von Wintersemester 1891/92 bis Sommersemester 1893 in München und sodann bis Sommersemester 1894 in Bonn Rechtswissenschaft. Nach vollzogener Exmatrikulation meldete ich mich zum ersten juristichen Examen, welches ich am 16. März 1895 in Köln bestand.

Die mündliche Prüfung zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Friedrich Alexanders Universität zu Erlangen bestand ich am 20. März 1895 und wurde mir von dieser am 12. Oktober 1895 der Grad eines Doktors beider Rechte verliehen.

Druckfehler-Berichtigung.

Seite 20 anstatt l. 35 l. 853 muss es heissen „l. 35 C. 853“

Seite 32 in der Ueberschrift muss es heissen anstatt l. 35 l. de donat. VIII. 53. „C 35 C. de donat. VIII. 53“, desgleichen in diesem ganzen Artikel.